



UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE:

**ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA
REPÚBLICA**

TEMA:

El Divorcio Notarial y la División de los Bienes Gananciales

TUTOR

DR. OTTO CEVALLOS MIELES MSC.

AUTOR

DAHONEY JINSOP MENDEZ ALVARADO

GUAYAQUIL-ECUADOR

2013

UNIVERSIDAD LAICA VICENTE ROCAFUERTE DE GUAYAQUIL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE

ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

DEL ECUADOR

TEMA:

El Divorcio Notarial y la División de los Bienes Gananciales

TUTOR

DR. OTTO CEVALLOS MIELES MSC.

AUTOR

DAHONEY JINSOP MENDEZ ALVARADO

GUAYAQUIL-ECUADOR

2013

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios sobre todas las cosas por haberme dado la oportunidad de culminar los estudios y haber obtenido el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica del Ecuador.

DEDICATORIA

A mi madre motivo de mi sacrificio y esfuerzo y a mis hijos Valeria, Mateo y Anna Paula Méndez por ser el impulso de superación.

**CERTIFICADO DE AUTORIA Y CESIÓN DE
DERECHOS DEL AUTOR**

Guayaquil, 22 de Octubre del 2013

El egresado **DAHONEY JINSOP MENDEZ ALVARADO**, que la autoría del presente trabajo me corresponde totalmente y me responsabilizo por los criterios y opiniones que en el mismo se declaran, como producto de la investigación que he realizado.

De la misma forma, cedo mis derechos de autor a la Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y Normativa Institucional vigente.

DAHONEY JINSOP MENDEZ ALVARADO

INDICE

CAPITULO I

Introducción

1.1	Tema del Proyecto de Investigación	Pág. 1
1.2	Antecedentes Históricos del Divorcio	Pág. 3
1.3	Definición del problema de investigación	Pág. 8
1.4	Justificación	Pág. 11
1.5	Objetivos	Pág. 18
1.6	Intencionalidad de la investigación	Pág. 19
1.7	Fundamentación Legal	Pág. 17
		Pág. 21

CAPITULO II MARCO TÉORICO

2.1	Estado del conocimiento	Pág. 41
2.2	Fundamentación Teórica	Pág. 44
2.3	Acto Notarial	Pág. 51
2.4	Funciones del Notario	Pág. 53
2.5	Atribuciones del Notario	Pág. 57
2.6	Definición de la Sociedad Conyugal	Pág. 58
2.7	Antecedente de la Sociedad Conyugal	Pág. 59
2.8	Bienes adquiridos antes de Matrimonio	Pág. 61
2.9	Capitulación Matrimoniales	Pág. 64
2.10	Donación por causa del matrimonio	Pág. 69
2.11	Bienes Adquiridos durante de sociedad Conyugal	Pág. 73
2.12	Bienes Adquiridos despues de la Sociedad Conyugal	Pág. 76
2.13	Liquidación de la Sociedad Conyugal	Pág. 80
2.14	Criterios de Investigación	Pág. 88

CAPITULO III METODOLOGIA

3.1	Universo Muestral	Pág. 87
3.2	Aplicación de los Instrumentos	Pág. 88
3.3	Validación del Tamaño de la Muestra	Pág. 88
3.4	Procesamiento de Datos	Pág. 89
3.5	Recurso	Pág. 89
3.6	Factibilidad de la Investigación	Pág. 90

CAPITULO IV INFORME TÉCNICO FINAL

4.1	Informe Técnico Final	Pág. 92
4.2	Conclusiones	Pág. 94
4.3	Recomendaciones	Pág. 96
4.4	Propuesta	Pág. 102
4.5	Glosario	Pág. 106
4.6	Bibliografía	Pág. 112

GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN

TEMA: “EL DIVORCIO NOTARIAL Y LA DIVISIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES”

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

INTRODUCCIÓN

1.1.- TEMA

El presente trabajo trata de examinar el divorcio por mutuo consentimiento ante el notario y la división de gananciales, en virtud de la promulgación de la ley reformativa a la Ley Notarial publicada en el Registro Oficial No 406 del 28 de Noviembre del 2006, en su Art. 18 numeral 22 se otorgan nuevas atribuciones a los notarios, entre ellas el divorcio por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia; y la aprobación de la liquidación de bienes de la sociedad conyugal, todo ello sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo civil.

Todo esto acompañado de cierta novedad del tema y en consideración a la función del notario en desempeño de su función y lo que significa o implica el ejercicio de los asuntos en el campo de la jurisdicción voluntaria.

Con la presente investigación se pretende dar un aporte al vasto campo de estudio que comprende la ciencia jurídica, y más concretamente al área del Derecho Notarial que va adquiriendo cada vez mayor reconocimiento y espacio en la sociedad moderna y por lo tanto en los diferentes ordenamientos jurídicos, lo que hace su estudio se vaya profundizando y especializando, es decir, se quiere despertar

esas inquietudes intelectuales, incitando al estudio de los temas notariales, llamando la atención sobre todo en temas en que el Derecho Ecuatoriano. Y que apenas han sido tratados, a pesar de su importancia y de la experiencia de otros países cercanos, donde el Derecho Notarial constituye una rama de especialización, con todo lo que ésta categorización implica, en el estudio del derecho general.

Esta investigación pretende proporcionar razones de valor jurídico y de hecho que expliquen la tendencia actual para trasladar facultades de jurisdicción voluntaria, normalmente conocidos por los jueces de lo civil a los notarios.

Son varias las razones que hacen del notario un funcionario idóneo para tramitar asuntos de jurisdicción voluntaria, entre ellas, está investido de la fe pública, tiene la facultad de ser certificador, es un profesional del derecho cuya función principal consiste en dar fe, informar y asesorar en forma imparcial el otorgamiento de actos y contratos otorgados ante él.

Cabe señalar, que el desarrollo y crecimiento de las sociedades obligan también a una modernización de los procesos judiciales, y hoy por hoy, enormemente lógico y normal que la mayor parte de los trámites de jurisdicción voluntaria que actualmente presenten menor dificultad, sean conocidos por los notarios. Esta tendencia no la vivimos únicamente en nuestra patria; es un tema que va tomando cuerpo a nivel mundial como en Europa y América. Cabe señalar que entre los principios esenciales del derecho ecuatoriano se encuentra contemplada la justicia pronta y expedita; por tanto, al facultarse al notario esta nueva atribución se va a obtener el beneficio de la inmediatez y prontitud de esos trámites aprovechando las funciones que puede compartir un fedatario público.

De lo que podemos estar seguros es que a corto tiempo el notario va a adquirir mayor relevancia en la vida jurídica de la sociedad, pues a él se le concederán, casi todas las facultades de jurisdicción voluntaria, no porque sea la solución ideal, sino porque el crecimiento de los problemas legales en relación al crecimiento poblacional, es incontenible y la estructura judicial actualmente, ya dejó de ser eficiente, entre otros, por el cúmulo de causas.

1.2.-ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DIVORCIO NOTARIAL Y LA DIVISIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES.

La figura jurídica del divorcio se la relaciona desde la edad antigua con la conducta social del repudio, ya que existió mucha dureza de los judíos al rechazar a su mujer en ciertas circunstancias, las mismas que fueron cambiando de acuerdo al tiempo, época y diferentes ordenamientos jurídicos.

Los defensores de la figura jurídica del divorcio, sostienen y argumentan como tesis a favor, que fue el mismo Moisés quién llegó a permitir el repudio, palabra que originalmente se la conoció como “repudium” y que significaba la ruptura del matrimonio por decisión de uno de los cónyuges, la misma que se lo hacía mediante una notificación conocida en esa época como “libelo de repudio”, documento o escrito mediante el cual se lo hacía conocer, además se menciona que al momento que era entregado el repudio se lo conocía como “Dar libelote repudio” en el mismo se establecía la renuncia a la cosa o persona que se mencionaba.¹

¹COLIN, Ambrosi y Capitan Henry, Derecho Civil Regímenes Matrimoniales, Editorial Jurídica Universitaria, 2002 –Tomo I, Tomo II.

Respecto de la edad antigua, lo que más se destaca en esta época, es el documento denominado “Libelo de repudio”, el mismo que servía al marido para repudiar a su mujer, siendo así la primera forma del divorcio o de disolver el matrimonio.

Dos de las principales causas para optar por la facultad del “repudio” eran el adulterio y la esterilidad, situación que se repite entre los judíos. Cabe señalar que tanto en el matrimonio como en el repudio no existían formalidades, se unían o se separaban el uno del otro como si fuera un bien suyo, pero precisamente estos excesos dieron nacimiento al libelo de repudio, que se fundamentaba en un documento escrito mediante el cual el marido podía repudiar a su mujer sin mayor formalidad como una facultad exclusiva del hombre. Posteriormente se establecieron ciertas formalidades que fueron controladas por los escribas, llegando al caso de conceder la facultad del repudio también a la mujer en caso de adulterio.

La edad antigua podemos mencionar que comprende, a la época de los primeros habitantes y de los pueblos más antiguos como Egipto, Mesopotamia, Fenicia, los Hebreos, los Persas, Grecia y Roma hasta su decadencia como imperio, pero en cuanto al tema planteado del divorcio, lo que más se destaca en la edad antigua es el documento llamado “libelo del repudio” el mismo mediante el cual se servía antiguamente al marido para repudiar a su mujer, convirtiéndose de esta manera en la primera forma de divorcio o de disolver el matrimonio.

En Roma el repudio dependía de la modalidad adoptada para el matrimonio así: En los matrimonios por coemptio o usucapión, el marido vendía a su mujer a un tercero y era liberada mediante

manumisión. Y en los matrimonios libres o sine manus, se utilizaba procedimientos consensuales o contenciosos con causales.

En Roma existía la igualdad conyugal, destacándose por ello la facultad tanto del hombre como de la mujer, para poder repudiar al cónyuge valiéndose del libelo, se asimiló en cierta forma a la consideración actual del divorcio , tanto consensual como contencioso, pero para éste último debían causas debidamente justificadas, por lo que en cierta forma los divorcios fueron rarísimos en los primeros siglos de Roma, pero se fueron multiplicando en los últimos tiempos de la República y en los días del Imperio.

En la edad media en forma general, existió el divorcio por mutuo consentimiento pero con el repudio que le correspondía al marido, enfatizando especialmente entre las causas más comunes los casos de esterilidad de la mujer o de adulterio por parte del hombre.

Pero independiente de lo anterior se dieron también casos de repudio sin que exista de por medio causa justificada, trayendo como consecuencia la necesidad de compensaciones pecuniarias.

Durante la edad media, cuando ejercieron su dominio los emperadores cristianos, entre ellos Constantino, se produce una tendencia a frenar el divorcio, ya que se consideraba al matrimonio como indisoluble, en el sentido de que “lo que Dios ha unido no puede separarlo el hombre”.

En la edad moderna el divorcio se mantiene en los países cristianos, sobre todo de Europa central y meridional, especialmente cuando se da la reforma protestante desde comienzos del siglo XVI, mostrándose al divorcio como una institución jurídica válida.

El derecho canónico considera como absolutamente indisoluble el matrimonio rato y consumado, o sea, el matrimonio válidamente contraído entre bautizados, ya que lo considera sacramento, y por lo tanto, es indisoluble.

Los movimientos liberales propugnaron varias reformas, las mismas que se plasmaron en la Revolución Francesa, donde se determinó al matrimonio como un contrato civil, como algo contractual. Consecutivamente a ello entra en vigencia la Ley del Divorcio el 20 de septiembre del año 1792, introduciendo en la legislación el divorcio; además, Francia fue uno de los países en que se permitió el divorcio consensual, ratificado posteriormente por el Código de Napoleón. Después de innumerables reformas jurídicas y aceptaciones de los diferentes países, a partir del siglo XX pocos estados no admiten el divorcio como institución jurídica válida.

La vigencia del divorcio en el Ecuador ha suscitado intensos debates, especialmente por encontrarse nuestro país influenciado por la religión católica que considera al matrimonio como indisoluble, de carácter sacramental, lo que se traduce en la unidad e indisolubilidad del vínculo y en la competencia exclusiva de la Iglesia en este tema. Para su regulación y defensa se creó el Derecho canónico sustentado en el derecho divino natural.

Con la influencia de la Revolución Francesa es cuando se establecen cambios liberales, en la mayor parte de legislaciones incluida la nuestra, apareciendo así la institución jurídica del divorcio. Para la mayor parte de los estudiosos se lo ve como una solución, en oposición a la postura de otros, entre los que se cuenta el tratadista y religioso Dr. Juan Larrea Holguín, para quien el divorcio representa una decadencia a la moral de los pueblos.

Antes de que se dicte la primera Ley de Matrimonio Civil en 1902, en nuestro país únicamente existía la posibilidad de la separación de cuerpos, como fórmula parecida a lo que hoy es el divorcio, y era la autoridad eclesiástica a quien le correspondía resolver según el Código Civil de esa época.

Cabe señalar que la primera ley que estableció el matrimonio civil data aproximadamente de 1902, en donde admite ya la posibilidad del divorcio por adulterio de la mujer.

A partir del año 1904 se introducen en la ley otras tres causales para el divorcio, estas son: el adulterio de la mujer, el concubinato del marido y el atentado contra la vida de uno de los cónyuges contra el otro, incorporándose recién a partir del año de 1910 la posibilidad del divorcio por mutuo consentimiento.

Como vemos es desde 1902 en que se introdujo por primera vez el divorcio, coexistiendo inicialmente el divorcio denominado pleno o perfecto y el divorcio denominado semipleno o imperfecto, o lo es lo mismo, el divorcio que admite la disolución del vínculo y el otro que acepta las relaciones conyugales con mantenimiento del vínculo, pero ello no por mucho tiempo, ya que con el pasar del tiempo se llegó a suprimir el divorcio pleno en sus modalidades por causal y por mutuo consentimiento.

1.3.- DEFINICIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

La presente tesis esta dividida en cinco capítulos, en el desarrollo del presente trabajo partiré de conceptos básicos sobre el matrimonio su definición, los antecedentes y generalidades del divorcio en general, empezando por establecer su etimología, para luego realizar una breve reseña histórica del divorcio, en forma ascendente, esto es, en la edad antigua, edad media y edad moderna, sin dejar de destacar una breve reseña histórica del divorcio en nuestro país, así como sus efectos jurídicos respecto de los cónyuges, bienes e hijos.

Analizaré el divorcio notarial, empezando por su concepto, requisitos y procedimiento. Adicionalmente la función del notario, sus atribuciones, el acto notarial y la jurisdicción voluntaria.

Consideramos necesario realizar un análisis sobre la sociedad conyugal, su definición, antecedentes, bienes adquiridos antes de la celebración del matrimonio, capitulaciones matrimoniales, y donaciones por causa de matrimonio; los bienes adquiridos antes, durante y después de la sociedad conyugal, separación de bienes, y la porción conyugal.

Nos remitiremos a la división de bienes gananciales, partiendo de la disolución sociedad conyugal, juicio de inventario, liquidación de la sociedad conyugal, partición protocolización e inscripción. Analizaré la partición de los bienes de la sociedad conyugal y diferenciaré de los bienes del patrimonio de cada cónyuge, estableceré cuáles son los bienes de dicha sociedad, ya que si bien la sociedad conyugal nace al momento de suscribir el acta en el que se celebra el matrimonio, sabemos que cada uno de los contrayentes pueden tener bienes antes de celebrar dicho matrimonio y es necesario saber que destino tendrán posteriormente los adquiridos a título gratuito.

Igualmente enfocaré en nuestro estudio los bienes que se adquieren durante el matrimonio, determinare los gananciales que son los que se partirán en un momento dado, identificaré cuáles son los bienes de la sociedad conyugal y así mismo el pasivo de la sociedad.

En cuanto a los juicios de inventarios como antecedentes de la partición, en relación a la sociedad conyugal, estos, tienen que ajustarse al trámite determinado para el caso de herencias por causa de muerte, porque no existe un trámite especial para los bienes de la sociedad conyugal.

En consecuencia podemos decir que al ser la familia la célula de la sociedad es necesario establecer en forma clara, precisa los bienes que conforman el haber absoluto y relativo de la sociedad conyugal, así como el pasivo absoluto o social y el relativo y personal, estableciendo de esta manera una correcta y buena aplicación de las causas de disolución de la sociedad conyugal, por cuanto es un tema de conflicto al no estar establecido en forma taxativa en nuestra legislación.

Al finalizar el actual estudio, estableceré algunas reflexiones finales, en las que incluiré posibles reformas al divorcio por mutuo acuerdo notarial, e innovaciones a las facultades, especialmente en cuanto a ciertos trámites administrativos o de lo que están de por medio acuerdos libres y voluntarios de las partes.

Hemos considerado necesario que la presente investigación ha sido examinada en el ámbito científico, a través de nuestra legislación vigente, doctrina, datos documentales, estadísticos, soportes informáticos que han contribuido en la elaboración de la presente tesis.

1.4.- JUSTIFICACIÓN

EL MATRIMONIO Y DIVORCIO

MATRIMONIO

Respecto del matrimonio las definiciones se pueden sustentar básicamente en dos corrientes: la religiosa, que agrega al matrimonio la expresión eclesiástico, y la otra de tipo liberal, que denomina a esta institución como matrimonio civil, cada una con sus particularidades.

Por cuanto son los efectos del matrimonio los que interesan analizar, me remitiré a las definiciones que diferentes autores proponen sobre el matrimonio civil. Una explicación de tipo contractualista, es la propuesta por Pierre Adnés, quien indica que el matrimonio es un contrato solemne, la cual nos permite relacionar con la definición que trae nuestro Código Civil sobre esta institución civil. “Llámesse, de manera general, contrato el consentimiento o acuerdo por el que dos o más personas se comprometen a una cosa respecto de otra o de otras.”²

Que el matrimonio, considerado en el acto por el que se constituye sea un contrato, resulta de lo que acabamos de decir, pues consiste en el consentimiento mutuo por el que dos personas legítimas se obligan recíprocamente a llevar vida común, a ayudarse mutuamente y a procrear una descendencia, o por lo menos se confieren este derecho”.

La explicación realizada por Pierre Adnés, coincide plenamente con la definición que trae nuestro Código Civil, en el Art. 81, que dice: “Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

Con la actual Constitución vigente, se han introducido cambios que de conformidad con la teoría contractual generaría contradicción con el Art. 81 del Código Civil, ya que en su Art. 67 tercer inciso establece “El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal”.

²Código Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a marzo del 2012, Título 3 pág. 19.

En la Constitución, respecto del matrimonio, se ha producido cambios que se ajustan con la realidad actual, ya que su definición se elimina las palabras contrato solemne, y se suprime una de las finalidades del matrimonio la procreación, ya que no necesariamente es una finalidad primordial dentro del matrimonio. Otra corriente expresa que el matrimonio es una institución y al mismo tiempo un contrato. Así lo sostiene Pañol-Ripert, ante lo cual Tomas Caballero, se manifiesta en los siguientes términos:

- ✓ “Se dice que es un contrato porque existe acuerdo de voluntades que solamente pueden los contrayentes prestar su consentimiento, que producido este, será la ley la que con prescindencia de la voluntad de las partes determinará las consecuencias legales.
- ✓ Se dice también que es una institución (ya civil, social, ya religiosa) partiendo de la falta de acomodación del matrimonio en el molde estrecho del contrato y en procura de otra solución que resuelva la interrogante de su naturaleza jurídica”.

Sin embargo de la explicación de la dualidad del matrimonio, entre ser un contrato e institución, nuestra legislación en el Código Civil recoge el carácter contractual del matrimonio.

El matrimonio, de conformidad con el Código Civil tiene requisitos de fondo y de forma. Los requisitos de fondo se los puede dividir en requisitos generales del contrato que son los siguientes: consentimiento, capacidad, causa lícita y objeto lícito. En cuanto a los requisitos específicos, están en la otra parte de la definición, que son: relación entre un hombre y una mujer, convivencia, procrear y auxiliarse mutuamente.

El consentimiento es la expresión de la voluntad, que no debe estar viciada ya sea por error, fuerza o dolo, de acuerdo al Art. 1467 del Código Civil. Respecto del matrimonio encontramos que si la expresión de la voluntad de uno de los contrayentes se encuentra viciada, quien se sienta perjudicado puede demandar la nulidad del matrimonio, o dicho de otra forma del contrato.

De acuerdo a la legislación civil ecuatoriana la capacidad se refiere a la de ejercicio y no a la de goce. El Código Civil en el Art. 1462, la define así: “Toda persona es legalmente capaz excepto las que la ley declara incapaces”. Y el Art. 1462 C. C. dice: “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin misterio o autorización de otra”.³

En relación al contrato solemne del matrimonio ocurre que no es posible que lo celebren los impúberes (incapaces absolutos), pero sí los menores adultos, siempre y cuando al momento de la celebración los representantes legales, por lo general el padre, exprese su autorización para que su hijo o hija de 16 ó 17 años contraiga matrimonio.

A manera de referencia la Constitución incorpora una definición con elementos más contemporáneos, entre ellos el libre consentimiento, que coincide plenamente con lo referido en líneas anteriores.

³Código Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a marzo del 2012, Título No. 2 pág. 238.

La causa se considera el motivo por la cual se ejecuta una acción o realiza una actividad. Nuestro Código Civil lo define así de conformidad con el Art. 1483 "...Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público".

En relación al matrimonio la causa puede referirse al amor y aprecio que existe entre un hombre y una mujer, respecto de ello también será procrear y ayudarse mutuamente. Aunque la causa lícita generalmente en este tipo de contrato no es verificable ¿cómo podría saber el funcionario del Registro Civil que existe causa lícita?, ya que pertenece al interior de cada persona. El profesor ecuatoriano, César Dávila, define al objeto así: "Objeto lícito es aquel que no contraría norma legal alguna, ni atenta contra el orden público o las buenas costumbres. En suma, lo que está socialmente permitido o tolerado".

Respecto del matrimonio, el objeto lícito es variado, pero al referirnos a lo que dice el Código Civil, el objeto es cohabitación, fidelidad, socorro y ayudarse cuando así alguno de los cónyuges lo necesite. Nuestra legislación, a diferencia de las europeas, establece que el contrato de matrimonio solo lo pueden celebrar un hombre y una mujer, por lo que no será admisible que puedan contraer nupcias civiles personas del mismo sexo. Sin embargo, la vigente Constitución define al matrimonio como "...la unión entre hombre y mujer, se fundará en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal".

La convivencia entre los cónyuges consta como el objeto que buscarán cumplir. Pero ¿qué pasa si no lo hacen, se configura entonces la causal undécima del Art. 106, que se refiere al divorcio contencioso.

Los requisitos de forma del matrimonio son aquellos que por la naturaleza del contrato deben cumplir separa la validez del mismo, como es haberse llevado a cabo por funcionario competente de acuerdo a la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación.

El único competente en el Ecuador para celebrar un contrato de matrimonio es el funcionario del Registro Civil, por lo que ningún otro, podrá participar en su ejecución.

El carácter solemne que tiene el matrimonio, al ser un contrato está vinculado con lo que establece el Art.1459 C.C. que distingue a los contratos en reales solemnes y consensuales; en el caso de los solemnes, por expresa disposición del referido artículo son aquellos que están sujetos a la observancia de ciertas formalidades.⁴

Su cumplimiento tiene por objeto que los contrayentes expresen de viva voz el deseo de contraer matrimonio, e impedir que una persona que tuviese algún impedimento - casado, hijos sin curador-, lo lleve a efecto, pero su cumplimiento se ciñe a la observancia de los siguientes puntos:

- ✓ La ausencia de impedimentos dirimentes.
- ✓ La expresión libre y espontánea del consentimiento.
- ✓ Presencia de dos testigos.
- ✓ El otorgamiento y suscripción del acta, con las formalidades que deba contener dicho documento, pudiéndose expresar en el acta capitulaciones matrimoniales.

⁴Código Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, actualizado a marzo del 2012, Título No. 1 pág. 237.

DIVORCIO

El divorcio, según Luis Parraguez Ruiz, lo conceptualiza como la institución que pone término al matrimonio. Manifiesta que en general se distinguen dos formas o modalidades de divorcio que reconoce nuestra legislación: el divorcio por mutuo consentimiento y divorcio por causales.

Según Cabanellas la palabra divorcio proviene del latín *divortium*, del verbo *divirtiere*: separarse, irse cada uno por su lado; y, por antonomasia, referido a los cónyuges, cuando así le ponen fin a la convivencia y al nexo de consortes. No existe una definición del divorcio en el Código Civil, pero el Art. 106 establece de la siguiente manera: “Juicio que disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código.

De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorió la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del cónyuge demandado.

Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectúe con el último cónyuge”. En definitiva, el divorcio es la institución jurídica que permite, conforme a derecho, la terminación o disolución del vínculo matrimonial, lo que trae consigo efectos en el estado civil de las personas, en la situación de los hijos habidos dentro del matrimonio y en el régimen jurídico sobre los bienes adquiridos dentro de la relación matrimonial.

El divorcio es una institución jurídica que a medida que avanza la sociedad ha adquirido una gran trascendencia, por cuanto es la mejor forma de dar por terminada la relación conyugal, ya que en la misma se discute la causal de separación, la situación de los hijos -alimentos, tenencia y régimen de visitas-, exista o no un acuerdo.

Según las estadísticas del INEC, se puede observar el número de matrimonios y divorcios producidos que existen en el Ecuador desde 2.000 al 2011. Existe una tendencia al incremento de divorcios en los últimos años.

Además debemos considerar que los divorcios por diversas causas son cada vez más frecuentes, ya sea por razones económicas, sociales, culturales, así como incompatibilidades en un corto tiempo después de casados. “La mayor parte de rupturas se presentan durante los primeros dos años de convivencia en pareja; entran aquí los ejemplos de parejas recién formadas que terminan separándose después de unos meses de convivencia”. Se necesita que el Estado dé una solución al problema del exceso de ritualidad que deben cumplir las partes para obtener su divorcio.

Frente a ello, para descongestionar los actos de jurisdicción voluntaria, como el divorcio notarial, se facultó al notario, mediante ley publicada en el Registro Oficial No 406 del 28 de noviembre del 2006 en su artículo 18 numeral 22, a conocer de divorcios siempre y cuando los solicitantes no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia.

1.5.- OBJETIVOS DEL ESTUDIO

1.5.1.- Objetivos General:

Determinar los factores que influyen en el retardo de la administración de justicia en el Ecuador.

1.5.2.-Objetivos Específicos

- ***¿EN QUE CONSISTE EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO?***
- ***¿CUÁLES SON LOS EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO A LOS CONYUGES?***
- ***ANALIZAR LAS FUENTES LEGALES SOBRE “EL DIVORCIO NOTARIAL Y LA DIVISIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES.***

1.6.- INTENCIONALIDAD DEL PROYECTO DE INVESTIGACION

Tome la decisión de este tema despues de conversar por algunas ocasiones con el Abogado Nelson Gustavo Cañarte Arboleda, Notario Decimo Séptimo del Cantón Guayaquil, en el cual él me indico que la reforma a la Ley Notarial publicada en el Registro Oficial No 406 del 28 de noviembre del 2006, en la cual se entregan ciertos asuntos de jurisdicción voluntaria para resolución de los notarios tiene algunas inconsistencias.

Primero porque los notarios no pueden resolver un divorcio en lo cual los cónyuges tengan hijos menores de edad o bienes, si ellos ya han llegado a un acuerdo con relación a la tenencia, pensión alimenticia, visitas y la división de los bienes adquiridos en el matrimonio. Los legisladores debieron debieren ir mas allá y darle la facultad para los notarios resuelvan este caso para que los ciudadanos no pasen por todo un proceso judicial.

Los juzgadores se deben dedicar exclusivamente a dictar sentencias en los asuntos donde exista conflicto de intereses de relevancia jurídica. Y no en procesos de jurisdicción voluntaria que ya hay acuerdo entre los cónyuges en relación a los hijos y bienes.

Estos actos contribuirían a un mayor acceso de los ciudadanos a la administración de justicia y a una solución pronta de sus problemas.

La institución denominada jurisdicción voluntaria debe eliminarse del código adjetivo civil, como los actos de jurisdicción voluntaria de la Ley Notarial, para que bajo la denominación de actos no contenciosos, respecto de los cuales existe un acuerdo previo, sean de exclusivo conocimiento y autorización de los notarios, en virtud de la fe pública que les concede la propia Constitución.

Por lo que propongo al foro ecuatoriano una discusión más intensa sobre la jurisdicción voluntaria y la necesidad de emprender las reformas sobre los actos de jurisdicción voluntaria, en los que como esencia fundamental existe un acuerdo, no pasen por todo un proceso judicial, que significa retraso en la solución del problema. Esta medida permitiría descongestionar a las judicaturas civiles de nuestro país.

**ANALIZAR LAS FUENTES LEGALES SOBRE EL MATRIMONIO Y DIVORCIO POR
MUTUO CONSENTIMIENTO**

PRIMERA: CODIGO CIVIL ECUATORIANO

TITULO III

DEL MATRIMONIO

Art. 81.- Definición.- Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente.

Algunos Juristas indican que el matrimonio es un contrato solemne, la cual nos permite relacionar con la definición que trae nuestro Código Civil sobre esta institución civil.

Contrato.- De manera general es el consentimiento o acuerdo por el que dos o más personas se comprometen a una cosa respecto de otra o de otras.

Consentimiento mutuo por el que dos personas legítimas se obligan recíprocamente a llevar vida común, a ayudarse mutuamente y a procrear una descendencia, o por lo menos se confieren este derecho”.

Otra corriente expresa que el matrimonio es una institución y al mismo tiempo un contrato. Así lo sostiene Pañol-Ripert, ante lo cual Tomas Caballero, se manifiesta en los siguientes términos:

- “Se dice que es un contrato porque existe acuerdo de voluntades que solamente pueden los contrayentes prestar su consentimiento.
- Se dice también que es una institución (ya civil, social, ya religiosa) partiendo de la falta de acomodación del matrimonio en el molde estrecho del contrato y en procura de otra solución que resuelva la interrogante de su naturaleza jurídica”.

Art. 82 Licencias para el matrimonio.- No podrá procederse a la celebración del matrimonio sin el asenso o licencia de la persona o personas cuyo consentimiento sea necesario según las reglas que van a expresarse, o si que conste que el respectivo contrayente no ha menester, para casarse, el consentimiento de otra persona, o que ha obtenido de la justicia en su caso.

Según el Código Civil Ecuatoriano el matrimonio tiene requisitos de fondo y de forma.

REQUISITOS DE FONDO

Estos requisitos se los puede dividir en requisitos generales del contrato que son los siguientes: consentimiento, capacidad, causa lícita y objeto lícito. En cuanto a los requisitos específicos, están en la otra parte de la definición, que son: relación entre un hombre y una mujer, convivencia, procrear y auxiliarse mutuamente.

Art. 1467.- Vicios del consentimiento.- Los vicios de que pueden adolecer el consentimiento son: Error, Fuerza y Dolo.

El consentimiento es la expresión de la voluntad, que no debe estar viciada ya sea por error, fuerza o dolo. Respecto del matrimonio encontramos que si la expresión de la voluntad de uno de los contrayentes se encuentra viciada, quien se sienta perjudicado puede demandar la nulidad del matrimonio, o dicho de otra forma del contrato.

Art. 1462.- Personas capaces.- Toda persona es legalmente capaz excepto las que la ley declara incapaces.

En la legislación ecuatoriana la capacidad se refiere a la de ejercicio y no a la de goce, se dice que la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin la autorización de otra.

En relación al contrato solemne del matrimonio ocurre que no es posible que lo celebren los impúberes (incapaces absolutos), pero sí los menores adultos, siempre y cuando al momento de la celebración los representantes legales, por lo general el padre, exprese su autorización para que su hijo o hija de 16 ó 17 años contraiga matrimonio.

REQUISITOS DE FORMA

Los requisitos de forma para la celebración del matrimonio son aquellos que por la naturaleza del contrato deben cumplir separa la validez del mismo, como es haberse llevado a cabo por funcionario competente de acuerdo a la Ley de Registro Civil, Identificación y Cedulación. El único competente en el Ecuador para celebrar un contrato de matrimonio es el funcionario del Registro Civil, por lo que ningún otro, podrá participar en su ejecución.

Su cumplimiento tiene por objeto que los contrayentes expresen de viva voz el deseo de contraer matrimonio, e impedir que una persona que tuviese algún impedimento lo lleve a efecto.

Art. 106.- Disolución del vínculo matrimonial.- El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los conyugues en actitud para contraer nuevo matrimonio salvo la limitaciones establecidas en este código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha que se ejecutorio la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio, si el fallo se produjo en rebeldía del conyugue demandado.

Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectuó con el último conyugue.

Art. 107.- Divorcio por mutuo consentimiento.- Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges.

En el divorcio por mutuo consentimiento, según nuestra legislación, no se requiere expresar la causa o causas para el divorcio; además, el mismo no se puede dar por la simple voluntad de los contrayentes, por cuanto requiere de una sentencia judicial que declara disuelto el vínculo matrimonial. Esto es, nace su posibilidad de la voluntad conjunta de ambos cónyuges, pero requiere de un trámite judicial.

Dentro de este proceso pueden existir discrepancias, así por ejemplo, cuando las partes no se ponen de acuerdo en la situación en que quedan sus hijos menores, ya sea en cuanto a la tenencia, cuidado, protección, alimentos, visitas, etc., por lo que ese aspecto se puede tornar contencioso.

El divorcio por mutuo consentimiento tiene un trámite especialísimo, muy particularizado, pormenorizado al detalle y taxativamente dispuesto por el Código Civil. La esencia de este divorcio es la manifestación expresa, voluntaria y de consuno, por parte de los cónyuges, para disolver su vínculo matrimonial. Los cónyuges así lo manifiestan ante el juez, pues el Código Civil no habla de demanda en estricto sentido, sino expresamente de “Manifestación” pura y simple de la voluntad.

SEGUNDA: PROCEDIMIENTO CIVIL ECUATORIANO

Art. 269.- Sentencia.- Sentencia es la decisión del Juez acerca del asunto o asuntos

En nuestro sistema judicial, de una manera muy formalista, ha establecido que se deba “dictar sentencia” en el divorcio por mutuo consentimiento. Esto no se ajusta técnicamente a la doctrina procesal y resulta completamente erróneo, equivocado y hasta ilegal.

Ilegal porque se opone a lo establecido en el primer inciso del Art.107 del Código Civil; y erróneo, porque jurídicamente una resciliación contractual no amerita ni requiere sentencia judicial. Si son los cónyuges los que expresan su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial, el juez lo único que tiene que hacer es solemnizar esa voluntad de las partes.

Por lo tanto, mi punto de vista es que el juez no debe dictar sentencia en el divorcio por mutuo consentimiento, sino únicamente solemnizar, junto con el secretario, la resolución de quienes manifiesten su decisión definitiva de disolver el vínculo matrimonial y dar fe del acto respectivo.

Ley Reformatoria a la Ley Notarial

La reforma del 28 de noviembre del 2006, faculta los actos llamados de jurisdicción voluntaria o no contenciosos, que siendo de conocimiento exclusivo de los jueces, pasen a conocimiento y resolución de otros funcionarios que no necesariamente son los juzgadores, en el caso ecuatoriano el funcionario cuyas características de trabajo se acoplan más a los asuntos de la jurisdicción voluntaria, sin duda es el notario.

La reforma, en consecuencia, entregó más asuntos de jurisdicción voluntaria, para que los notarios autoricen y solemnicen. A continuación nombro algunos de ellos: divorcio por mutuo consentimiento para quienes no hayan procreado hijos o adquirido bienes, liquidación de bienes de la sociedad conyugal; apertura y publicación de testamentos cerrados y la declaratoria de interdicción.

**¿EN QUE CONSISTE EL DIVORCIO POR MUTUO
CONSENTIMIENTO?**

Al divorcio consensual se lo puede definir como aquel en donde se decide por acuerdo entre los cónyuges, razón por la que comprende, además, otras denominaciones, como divorcio por mutuo consentimiento o divorcio por petición conjunta de los cónyuges.

En consecuencia, se desprende que para que exista el divorcio consensual, únicamente debe mediar la voluntad de los cónyuges, situación que es criticada por quienes consideran que el divorcio no puede darse únicamente por el simple deseo expresado por los cónyuges, unido a ello un trámite sencillo y fácil de acceder; sino que consideran que es necesario que pese al consentimiento y expresión de voluntad de los cónyuges, debe establecerse como obligación que exista una causa justa, la misma que debe ser calificada y aceptada a trámite.

Otros tratadistas no comparten lo antes indicado porque piensan que no se ajusta a la realidad; y que, además, esta situación viene desde la época del Derecho Romano en donde existían principios como “lo que el consentimiento contrae, el consentimiento lo disuelve”. Por lo tanto, aseguran que el divorcio por mutuo consentimiento representa una conformidad para separarse, sin que por ello se desconozca que detrás de esa voluntad para separarse puedan existir una o muchas causas motivantes para el divorcio, pero las mismas no desempeñan ningún papel en el procedimiento judicial del divorcio por mutuo consentimiento, ya que en la realidad de su proceso ni se plantea peor se analiza esas causales, las mismas que, por más importantes o trascendentes que sean, únicamente pueden ser respetadas pero no influyen en su trámite.

De conformidad con el Art. 81 del Código Civil, podríamos decir que al ser un contrato se debería disolver por la simple voluntad de los contrayentes, situación que acorde a nuestra legislación no es así, y se requiere necesariamente de un trámite judicial aspecto que en la actualidad es una facultad que se les ha atribuido a los notarios, siempre y cuando no existan bienes ni hijos menores de edad o bajo su dependencia.

En el divorcio por mutuo consentimiento, según nuestra legislación, no se requiere expresar la causa o causas para el divorcio; además, el mismo no se puede dar por la simple voluntad de los contrayentes, por cuanto requiere de una sentencia judicial que declara disuelto el vínculo matrimonial. Esto es, nace su posibilidad de la voluntad conjunta de ambos cónyuges, pero requiere de un trámite judicial.

Dentro de este proceso pueden existir discrepancias, así por ejemplo, cuando las partes no se ponen de acuerdo en la situación en que quedan sus hijos menores, ya sea en cuanto a la tenencia, cuidado, protección, alimentos, visitas, etc., por lo que ese aspecto se puede tornar contencioso.

El Código Civil no define a ésta institución, pero respecto de la misma dice: “Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges.

Es evidente que se constituye en una forma de dar por terminado el vínculo matrimonial en base del consentimiento conjunto. El divorcio por mutuo consentimiento tiene un trámite especial, especialísimo,

muy particularizado, pormenorizado al detalle y taxativamente dispuesto por el Código Civil. La esencia de este divorcio es la manifestación expresa, voluntaria y de consuno, por parte de los cónyuges, para disolver su vínculo matrimonial. Los cónyuges así lo manifiestan ante el juez, pues el Código Civil no habla de demanda en estricto sentido, sino expresamente de “Manifestación” pura y simple de la voluntad.

Transcurridos los sesenta días cualquiera de los dos “manifestantes”, por sí o por medio de curadores especiales, pueden solicitar una audiencia en la que según el artículo 108 del Código Civil: “...Expresarán de consuno y de viva voz su resolución definitiva de dar (ellos) por disuelto el vínculo matrimonial”.

Queda debidamente establecido que en el texto de la norma legal se atribuye a los cónyuges, y sólo a ellos, la facultad absoluta total y omnímoda de resolver en forma definitiva el hecho de “dar por disuelto el vínculo matrimonial”. Si así lo expresaron de consuno y de viva voz, ante el juez, esta resolución es, insisto, definitiva.

Consideramos que el legislador pudo haber ido más allá, y expresar que en este caso ni siquiera se requiera de sentencia, porque siendo el matrimonio un contrato, al resciliar tal contrato los propios cónyuges, que fueron los que establecieron el vínculo obligacional, no requieren, en estricto sentido doctrinario, ningún tipo de sentencia. Esta es y ha sido la concepción jurídica del contrato matrimonial al margen de toda sugerencia.

Legislaciones de varios países europeos ha establecido el divorcio por simple notificación, el mismo que se perfecciona con la razón del fedatario público de que tal notificación se la hizo al otro contrayente. Es el divorcio que en doctrina lo han denominado “divorcio cartular”.

Sin que exista disposición legal alguna, nuestro sistema judicial, de una manera muy formalista, ha establecido que se deba “dictar sentencia” en el divorcio por mutuo consentimiento. Esto no se ajusta técnicamente a la doctrina procesal y resulta completamente erróneo, equivocado y hasta ilegal. Ilegal porque se opone a lo establecido en el primer inciso del Art.107 del Código Civil; y erróneo, porque jurídicamente una resciliación contractual no amerita ni requiere sentencia judicial.

Si son los cónyuges los que expresan su resolución definitiva de dar por disuelto el vínculo matrimonial, el juez (en caso de tener competencia para ello) lo único que tiene que hacer es solemnizar esa voluntad y así certificarlo ante la autoridad respectiva (el jefe del Registro Civil) para los fines consiguientes.

Por lo tanto, mi punto de vista es que el juez no debe dictar sentencia en el divorcio por mutuo consentimiento, sino únicamente solemnizar, junto con el secretario, la resolución de quienes manifiesten su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial y dar fe del acto respectivo.

Y si no, veamos desde el punto estrictamente procesal ¿qué es la sentencia?... En términos latos y conforme al Art. 269 del Código de Procedimiento Civil: “Sentencia es la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”. Pero en el divorcio por mutuo consentimiento el juez no decide nada; no es al juez a quien compete la decisión de dar por disuelto el vínculo matrimonial sino a los cónyuges. Por otra parte no existe “juicio”, porque no hay contienda legal. Entonces, cualquier “sentencia” es impertinente si versa sobre un asunto que la ley ha atribuido como facultad específica y exclusiva de los cónyuges, resueltos a divorciarse por mutuo consentimiento.

La costumbre de dictar sentencia sobre los divorcios por mutuo consentimiento, no se ajusta a la doctrina procesal ni a la disposición expresa de la ley; simplemente se la ha establecido como costumbre, sin ningún fundamento jurídico y sin un real criterio doctrinario-procedimental.

Y es que el error proviene al haber dispuesto en el artículo 107, primer inciso del CC, que “los cónyuges manifestarán por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo Civil....”. Con esta disposición legal se atribuyó la competencia del divorcio por mutuo consentimiento a los jueces de lo Civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges. Pero esta disposición no es muy apegada a la técnica legislativa.

Explicemos este punto: si profundizamos un poco el estudio, veremos que en derecho “las cosas se deshacen como se hacen”. Y el contrato matrimonial, es un acto jurídico solemne frente a una autoridad administrativa: el señor jefe del Registro Civil de la respectiva jurisdicción. No es ante el juez.

En la relación contractual para la celebración del matrimonio el juez no tiene competencia ni participación legal de ninguna naturaleza. Y si los contratantes (contrayentes), en uso de su facultad legal deciden resciliar su contrato, sería la misma persona, el mismo sujeto de derecho o la misma autoridad administrativa que solemnizó la relación contractual, en estricto derecho, la única llamada a solemnizar tal “revocación de la voluntad” y dar fe de que así lo expresaron las partes interesadas.

Por consiguiente, el legislador debió conceder la facultad de solemnizar la resciliación del contrato matrimonial al jefe del Registro Civil, no al juez, para que la disposición legal del divorcio por mutuo consentimiento se ajuste a la doctrina jurídica.

El asunto de los hijos es una cuestión muy aparte, que requiere otro tipo de análisis y que no lo trataré en el presente trabajo pues amerita otras consideraciones jurídicas. Cabe preguntarse ¿sobre qué está llamado el juez a pronunciar sentencia en los divorcios por mutuo consentimiento?

Desde el tercer inciso del artículo 108 del Código Civil, se expresa que “si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos...”, se refiere al cuidado y tenencia de los hijos; luego, el mismo artículo se remite a los alimentos congruos y a las providencias sobre estos pormenores. Es sólo sobre estos aspectos que el juez tiene facultad para sustanciar una causa dentro del mismo trámite de divorcio y resolver. No sobre el divorcio, porque si los cónyuges en la audiencia ya pronunciaron su resolución que tiene el carácter de definitiva, el juez no tiene por qué entrar a considerar nada sobre este aspecto. Pero las providencias que diriman asuntos como la tenencia, los alimentos y el cuidado de los hijos, es obvio que tenga su correspondiente recurso sólo con efecto devolutivo.

¿CUALES SON LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS CÓNYUGES?

Una explicación clara sobre el efecto de la sentencia de divorcio por mutuo consentimiento la podemos encontrar en la Gaceta Judicial IV, Serie No. 135, págs. 1075-1076, que dice: “La sentencia que declara el divorcio por mutuo consentimiento no crea un derecho

preexistente, sino contribuye a crear un nuevo estado civil, el mismo que si bien produce sus efectos y produce obligaciones entre los divorciados tales efectos y obligaciones no son materia del juicio de divorcio, sino consecuencias del fallo que lo ha declarado”.

Un efecto muy trascendente se refiere a que una vez que se ejecutorie la sentencia y se inscriba, los solicitantes adquieren un nuevo estado civil que es el de divorciados y les permite celebrar actos y contratos, cuyos beneficios no se incluyen en la sociedad conyugal que también se extingue como efecto del divorcio.

Una vez que la sentencia de divorcio se ha ejecutoriado es obligación de las partes inscribir la sentencia de divorcio en el Registro Civil, a fin de que se margine la sentencia en el acta de matrimonio, para que posteriormente las partes puedan obtener una cédula de ciudadanía, en la que constará el nuevo estado civil de divorciado.

El principal efecto del divorcio respecto de los cónyuges, es la ruptura del vínculo civil, dejándoles en aptitud de contraer nuevas nupcias, así lo establece el Art. 106 del Código Civil. Este efecto, y los demás por regla general que admite excepciones, se produce solamente desde la inscripción en el Registro Civil. No basta, pues, que la sentencia esté ejecutoriada.

El divorcio pone fin a la sociedad conyugal, además, en el mismo juicio de divorcio se puede solicitar la liquidación de la sociedad conyugal, y desde la reforma de 1970 cualquiera de los cónyuges puede hacer uso de este derecho. Este efecto es tan importante que ha llegado a sostenerse que la ejecución de la sentencia de divorcio consiste en la liquidación de la sociedad conyugal; pero este parecer es inexacto.⁵

⁵CABANELLAS, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Tercera Edición, Pág. 24

En realidad la ejecución de la sentencia de divorcio consiste en su inscripción en el Registro Civil, y desde ese momento se producen sus efectos, más o menos importantes, pero simples efectos.

El Art. 113 del Código Civil permite que uno de los cónyuges pida la liquidación de la sociedad conyugal en el mismo juicio de divorcio; pero, como la jurisprudencia lo ha aclarado muy bien, esto no significa que deba necesariamente liquidarse la sociedad conyugal después del divorcio y en juicio aparte...(Gaceta Judicial IX, 7, p. 830).

Con el divorcio, al disolverse el vínculo civil, terminan los deberes de convivencia, protección, cumplimiento, sucesión legítima y los derechos y deberes conexos con ellos, como el domicilio legal de la mujer, mas no desaparece la afinidad conforme el Art. 23 del Código Civil.

Lógicamente, que con esto la ley civil se aparta de los dictados del derecho natural si subsisten esos deberes como obligación moral. Este es uno de los casos en que la ley crea graves problemas de conciencia, por apartarse de las normas de justicia natural.

Aunque el derecho de alimentos termina con el divorcio, sin embargo, la ley protege a los cónyuges. En caso de carecer uno de los cónyuges de lo necesario para su congrua sustentación tiene derecho a que se le entregue la quinta parte de los bienes del otro, salvo que sea el causante del divorcio, pero el cónyuge que se hallare en los casos previstos en la causal 11ª del Art. 110 del C.C., conservará este derecho.

Si tuviere bienes, pero no de tanto valor como esa quinta parte, solo tendrá derecho al complemento. Entre esos bienes se tomará en cuenta, para ese efecto, el valor de sus gananciales en la sociedad conyugal.

EFECTOS JURÍDICOS RESPECTO DE LOS BIENES

Con el estado civil de divorciado, hombre o mujer pueden celebrar contratos en los que los bienes que adquieran sólo le pertenecerán a él o ella y ya no a la sociedad conyugal. Pero en muchos casos sin que se hayan divorciado los cónyuges pueden tener un régimen independiente al de la sociedad conyugal, mediante la disolución de la sociedad conyugal que contempla nuestra legislación civil.

Terminada la sociedad conyugal ya sea a través del divorcio o mediante el procedimiento de disolución; si hubieren bienes comunes que deban repartirse, los mismos deberán entrar a un procedimiento de inventario para posteriormente pasar a la repartición de dichos bienes. En razón de la amplitud del tema no lo desarrollaré en este subtítulo sino que se le destinará un capítulo completo.

Una consecuencia de que la sentencia de divorcio se haya ejecutoriada y se haya inscrito en el Registro Civil radica en que las partes quedan en libertad de contraer nuevas nupcias. Pero con ciertas condiciones estipuladas en nuestro Código Civil.

EFECTOS JURÍDICOS DEL DIVORCIO RESPECTO DE LOS HIJOS

Las primeras leyes de divorcio no mencionaban a los hijos. Así, en 1940 se agregó una minuciosa reglamentación para regular la situación económica y jurídica en la que los hijos quedan después del divorcio. Con el pasar del tiempo se ha ido regulando y corrigiendo los defectos de cada una de las leyes.

Cabe señalar que actualmente rigen principios generales tales como:

- a) debe prevalecer la convención de los padres respecto del futuro de los hijos;
- b) a falta de convenio, resuelve el juez de conformidad con reglas rígidas;
- c) la situación respecto de los hijos puede modificarse por hechos posteriores, como el nuevo matrimonio de los padres; d) en todo caso, la regulación de esta situación es condición imprescindible para que el divorcio pueda inscribirse y surtir efectos civiles.

Lo que los padres convengan en la audiencia de conciliación o después, decide la situación de los hijos. Bien pueden acordar algo que no sea conveniente para los hijos, el juez no tiene en este caso la facultad de modificar lo resuelto. La ley le da poderes al juez solamente en caso de falta de acuerdo entre los padres. Esto desde luego es altamente inconveniente. Los padres que no tienen escrúpulo en dejar a sus hijos sin hogar, no merecen la confianza absoluta de la ley; en estos casos el juez debería poder modificar lo resuelto por los padres, aunque estén ellos plenamente de acuerdo.

Los efectos jurídicos son absolutamente diferentes, respecto de quién tiene la tenencia de los menores, en relación de quién no la tiene. Ya que, quién se queda con los hijos tiene mayores derechos, responsabilidades y obligaciones, sobre ellos.

La patria potestad en el Art. 105, del Código de la Niñez y Adolescencia, conceptúa a esta importante institución del Derecho de familia, así: “La patria potestad no solamente es el conjunto de derechos sino también de obligaciones de padres respecto a sus hijos e hijas no emancipados, referentes al cuidado, educación, desarrollo integral, defensa de derechos y garantías de los hijos de conformidad con la Constitución y la ley”.

Por su parte el Código Civil en el Art. 283, dice: “La patria potestad es el conjunto de derechos que tienen los padres sobre sus hijos no emancipados. Los hijos de cualquier edad, no emancipados, se llaman hijos de familia; y los padres, con relación a ellos, padres de familia”.

De ambos artículos se desprende que la patria potestad otorga derechos a los padres respecto de los hijos, pero el Código de la Niñez y Adolescencia, con un criterio más moderno y humano, determina que la patria potestad también genera obligaciones de los padres respecto de sus hijos.

Con relación a la tenencia la legislación de la niñez y adolescencia no define a esta institución, tampoco el Código Civil. Por lo que se puede definir a la tenencia como aquella que es otorgada por el juez al padre o madre para que el hijo o hija se encuentre bajo su custodia y convivencia diaria.

Sobre los alimentos el Art. 127 de la Código de la Niñez y Adolescencia, indica que: “Este derecho nace como efecto de la relación parento-filial, mira al orden público familiar y es intransferible, intransmisible, irrenunciable, imprescriptible y no admite compensación. Tampoco admite reembolso de lo pagado, ni aun en el caso de sentencia judicial que declare inexistente la causa que justificó el pago”.

Por lo que “la filiación, como relación jurídica familiar básica y primordial, tiene un sustento legal muy rico establecido a nivel nacional y supranacional. En el ámbito internacional tenemos la Declaración de los Derechos del Niño; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana de Derechos Humanos; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales; la Convención sobre Derechos del Niño”.

En tal virtud, los derechos de alimentos de niños y adolescentes, no solamente tienen un sustento nacional sino supranacional, en base de los diferentes tratados y convenios que han sido firmados y ratificados por el Ecuador.

Otro convenio que tiene trascendencia en esta materia es la Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero, que está publicado en el Registro Oficial No 545, del 8 de mayo de 1974, que facilita el cobro de alimentos a otra que se encuentra sujeta a la jurisdicción de otro país.

Respecto a la nueva atribución otorgada a los notarios para tramitar el divorcio notarial, siempre y cuando no tengan hijos menores de edad o bajo dependencia, considero que existen aspectos que la normativa no ha regulado en relación a un caso concreto que puede ocurrir en la práctica, y se refiere a la manifestación de la inexistencia de hijos en la petición, con el objetivo de cumplir el requisito; es decir, de dar por terminado lo más pronto posible con el matrimonio.

En efecto, se presenta la petición, el notario la admite a trámite, en el acta de divorcio se hace constar una declaración juramentada en la que ambos cónyuges, manifiestan no tener hijos, el fedatario obra de buena fe, la ley no le obliga a constatar o cerciorarse si efectivamente tienen hijos o no y resuelve el divorcio de los solicitantes.

Respecto a como quedan esos hijos, cuya existencia no fue expresada en la petición de divorcio, quien quede con los hijos, en algún momento presentará una demanda de alimentos. En el proceso que se tramite ante el juez de la Niñez y Adolescencia, en la prueba de parte del demandado se demostrará el acta de divorcio tramitada ante el notario en la que ambas partes manifiestan no tener hijos y en cambio el actor en su demanda adjuntará las partidas de nacimiento, el juez al valorara la prueba ante tan evidente contradicción de la misma, a cuál dará mayor valor, sobre todo si son las únicas pruebas aportadas, generándose un grave problema en la administración de justicia.

Considero que es un aspecto que en la práctica puede suceder, por lo tanto no se obliga a los notarios, ni tampoco a los jueces de lo Civil que conocen un juicio de divorcio de mutuo consentimiento; a que constaten si efectivamente los solicitantes tienen hijos, ambos funcionarios se ciñen a lo que indican las partes.

En mi opinión debería implementarse un certificado emitido por el Registro Civil, en el que se justifique a ciencia cierta la existencia de los hijos y este sea un requisito necesario para dar paso al divorcio; ya que la Constitución establece que reconocerá y protegerá a la familia como célula fundamental de la sociedad y garantizará las condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines. El derecho a régimen de visitas se establece en el Código de la Niñez y Adolescencia. Se incorpora esta institución tan importante para una buena convivencia entre los ex cónyuges y los hijos y se encuentra regulado en los Arts. 122 al 125.

Por el régimen de visitas se puede entender que es el derecho que tiene uno de los padres que no goza de la patria potestad y de la tenencia, para ocuparse de sus hijos, por un tiempo determinado.

CAPITULO II

2.-MARCO TEÓRICO

2.1.-EL ESTADO DEL ARTE O DEL CONOCIMIENTO

A partir de las reformas introducidas a la Ley Notarial en el año 1997 se otorga a los notarios entre otras facultades el tramitar la disolución de la sociedad conyugal y el mediante Ley No 2006- 62, publicada en el Registro Oficial No 406 de 28 de noviembre del 2006, se agregaron los numerales 19 al 27, entre los que consta el numeral 22 que habla exclusivamente sobre la atribución de los notarios de tramitar divorcios por mutuo consentimiento siempre y cuando no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia con el objetivo de agilizar su trámite y descongestionar los tribunales de justicia.

Así el Art. 18 numeral 22 de la Ley Reformatoria Notarial establece: “Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil.⁶

⁶ Ley Reformatoria Notarial Ecuatoriana, Año 2006 decreto 2076, pág. 5.

El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rubricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva.

El Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá sentar ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma debiendo cumplirse dentro del término de diez días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición”.

Respecto del mencionado artículo, cabe señalar que esta mal establecida la facultad del notario, ya que no tramita ningún tipo de diligencia, no se realiza un proceso como tal, debido a que el notario solemniza, declara disuelto el vínculo matrimonial de los cónyuges.

En consecuencia el divorcio notarial es una de las facultades otorgadas al notario para disolver el vínculo matrimonial de mutuo acuerdo, siempre y cuando no existan hijos menores de edad o bajo su dependencia, el mismo que solemniza y declara el divorcio en virtud de la fe pública de la que se halla investido.

Otro punto que debería ser objeto de reforma o ampliación es que debe establecerse como requisitos para el divorcio por mutuo consentimiento notarial, en el Art. 18 numeral 22 de la ley Reformativa Notarial se mencione bajo juramento lo siguiente:

- a) Situación actual de existencia del vínculo conyugal;
- b) Inexistencia entre los cónyuges de hijos menores de edad;
- c) Inexistencia entre cónyuges de hijos bajo su dependencia económica, entiéndase como tal a los hijos que aunque sean mayores de edad puedan encontrarse por discapacidad bajo su dependencia económica; y,
- d) No encontrarse la cónyuge en estado de gravidez.

Respecto del procedimiento como debe desarrollarse el divorcio notarial, considero que el plazo que la ley establece para que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rubricas para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse.

Es innecesario debería establecerse en un solo acto la disolución del vínculo matrimonial, ya que lo que se busca es disminuir términos y sobretodo al ser un acto libre voluntario de mutuo acuerdo no necesita de ratificación del mismo.

2.2.- FUNDAMENTACIÓN TEORIA EXPLICATIVA

JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

El ejercicio de la jurisdicción implica dos grandes momentos. Por una parte, el juzgar, es decir, el dirimir el conflicto planteado y tomar una decisión, y por otra, el ejecutar, el hacer cumplir la decisión adoptada en ejercicio de la jurisdicción. La identificación de estos dos grandes momentos, cuando se habla de “jurisdicción” es precisamente el principal argumento que se utiliza para cuestionar la naturaleza de la

jurisdicción voluntaria como una verdadera jurisdicción, pues se dice que los órganos competentes ejercen jurisdicción cuando en realidad no juzgan, no dirimen conflictos y tampoco existe controversias, pues precisamente en la jurisdicción voluntaria no existen partes que tienen intereses en conflicto; más bien, se trata de procesos en los cuales las partes acuden ante el juez o el notario para solemnizar determinados actos, por ejemplo, la designación de un tutor o curador o la posesión efectiva de los bienes.

El Código de Procedimiento Civil define a la jurisdicción voluntaria como “aquella que ejerce en los asuntos que, por su naturaleza o por razón del estado de las cosas, se resuelven sin contradicción”. Muchos de los asuntos de jurisdicción voluntaria son los encomendados al notario, por lo que es primordial determinar la verdadera naturaleza de la jurisdicción voluntaria, ya que de esta manera desentrañaremos el significado de la “jurisdicción notarial” y de esta manera concluir si el notario ejerce o no jurisdicción con el principio de unidad jurisdiccional.

Si bien, el notario tiene un poder legitimador, solemnizador y formalizador que desemboca en la certeza, firmeza, autenticidad y la publicidad de los actos generadores de las relaciones jurídicas, que a su vez confluye en la seguridad jurídica, es difícil comprender el por qué al notario no se le ha otorgado todas las facultades que son propias de su naturaleza ya que este funcionario no solo tiene una función tutelar sino también preventiva, destinada a evitar conflictos.

De tal manera que, debido a la exigencia de la sociedad y a la gran carga de causas que los jueces civiles deben despachar, la función que ejercen los notarios es la solución a una tendencia universal de descargaren los notarios algunas atribuciones que han sido tradicionales en los jueces, como una respuesta a la saturación de la

justicia y para descongestionar de trabajo a los funcionarios judiciales.

El proceso de modernización que se vive a nivel mundial ha generado nuevas exigencias al sistema jurídico ecuatoriano, el cual busca soluciones alternativas a sus problemas jurídicos que a la vez se convierten en problemas de la comunidad. La solución que exige el sistema tiene que ser ágil y eficaz para que la justicia no se convierta en injusticia debido a la tardanza. Por lo que, los actos extrajudiciales o de jurisdicción voluntaria buscan independizarse de las funciones propias de la administración de justicia en los actos que requieren de la intervención del juez.

En el Ecuador, y quizá en la mayoría de sistemas jurídicos latinos, la jurisdicción voluntaria ha sido considerada por muchos autores como aquella que sin existir una litis que resolver se someten ante los jueces de la función Jurisdiccional, mientras que todo asunto que se lo ejecuta ante autoridades del órgano ejecutivo o independientes de la función Jurisdiccional, se estima son simples actos administrativos. Esta distinción que podría ser práctica para efectos materiales trae muchas confusiones, aparte de las ya existentes, acerca de la naturaleza, fines, características y demás de jurisdicción voluntaria, por lo que creo conveniente sintetizar las distintas posiciones doctrinales sobre este punto para armonizar la mayor cantidad de elementos posibles y llegar a una conclusión.

Son varias posiciones básicas que asumen los tratadistas respecto de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, sin embargo, el punto medular de discusión está en quiénes lo consideran un ejercicio pleno de jurisdicción y quiénes la sumergen en el campo de una actividad administrativa, sin olvidar por supuesto aquellos que le otorgan una naturaleza propia.

El autor Michelli se refiere a ella como a la administración pública del derecho privado. Para De Martine, es la administración pública de la negociabilidad, en tanto que para Carnelutti, es la administración pública de la prevención de la litis. Enrico Allorio enuncia esta noción tradicional de la jurisdicción voluntaria como la actividad administrativa desplegada por órganos judiciales.⁷

⁷COELLO García Enrique, Sistema Procesal Civil, Jurisdicción y Competencia Fondo de Cultura Ecuatoriana, Tomo 1 Pág. 45, Año 1991.

Las diferentes tendencias que en torno a la naturaleza de la jurisdicción voluntaria y en especial al aspecto en que concierne a su proximidad o lejanía del concepto de jurisdicción, se enlistan o encuentran ubicación específica como grupos y escuelas de acuerdo con la noción más o menos amplia que hubieren adoptado para definir la naturaleza de la jurisdicción.

De tal manera que para el efecto se pueden distinguir tres tendencias:

- a) **“La jurisdicción voluntaria es una jurisdicción especial.-**Que Carnelutti la incrusta en su idea de jurisdicción, adicionalmente el fin subyacente en la composición de la litis, el de su prevención.

Es así que la afirmación carnelutiana consiste en que la jurisdicción voluntaria es tan jurisdicción como lo es la ejecutiva.

- b) **La jurisdicción voluntaria es una función administrativa.-** Esta es sin duda la opinión dominante en la doctrina, insiste Allorio que jurisdicción y cosa juzgada son términos esencialmente ligados y que donde no hay cosa juzgada no hay jurisdicción, siendo así que la jurisdicción llamada voluntaria tiene que plantearse dentro de actividades administrativas. De esta manera, el pensamiento de Allorio es entonces el que la jurisdicción voluntaria es una actividad

administrativa, es desprovista de cosa juzgada por ser el resultado de un procedimiento no idóneo para justificar este último efecto, pero asignado, en cuanto a la competencia, a órganos habitualmente jurisdiccionales; es decir, que normalmente cumplen una actividad jurisdiccional en sentido propio, productora de la cosa juzgada”.

- c) De esta manera plantea así toda distinción entre jurisdicción y administración como la presencia o ausencia de la cosa juzgada.

La jurisdicción voluntaria es una función especial.- Esta tercera tendencia considera a la jurisdicción voluntaria como una función especial, ni administrativa ni jurisdiccional. Esta tendencia señala que, en virtud de sus características, la jurisdicción voluntaria es una nueva actividad estatal que constituye una categoría autónoma declarativa.

De tal manera que la clasificación sistemática de la jurisdicción voluntaria ha sido por mucho tiempo objeto de discusión. Sin embargo, se trata de proveer al cuidado y protección de intereses privados que son muy queridos al Estado, o se confíe, precisamente por este motivo, a un órgano público la tarea de cooperar con los particulares. El solo hecho de que esta actividad se confíe al órgano jurisdiccional no puede caracterizársela como materia jurisdiccional. Por lo tanto, más acertado parece decir que la jurisdicción voluntaria es la administración pública confiada a los órganos jurisdiccionales.

Actualmente se observa una tendencia universal, que es la de trasladar la denominada “jurisdicción voluntaria”, o mejor dicho, otorgar nuevas facultades a las notarías como órganos administrativos.

Sin embargo, cuando la jurisdicción voluntaria conserva el carácter de protección de especiales intereses, por ejemplo de menores o incapaces mentales, las legislaciones se vuelven reacias a efectuar ese desplazamiento, siempre en consideración a las especiales cualidades que reviste el juez.

Además, afirmamos que este acto judicial no jurisdiccional del que se encuentra investido el notario, no tiene partes en sentido estricto, ya que no contiene el primer elemento de forma de la jurisdicción.

Es así que el peticionario no pide nada contra nadie ya que no cuenta con adversario, de tal manera que él no es parte en sentido técnico ya que no es contraparte de nadie.

Tampoco encontramos controversia dentro de sus características, ya que si esta apareciera, si a la pretensión del peticionario se opusiese alguien que se considera lesionado por ella, el acto judicial no jurisdiccional se transforma en contencioso y por lo tanto, en jurisdicción. Por ejemplo, en el caso de las diligencias notariales, al convertirse estas en materia litigiosa, inmediatamente el notario pierde su facultad para hacerse cargo de dicho trámite.

Es así que el Art.18 de la Ley Notarial, numeral 18, segundo párrafo, ordena lo siguiente: "...de registrarse controversia en los casos antes mencionados, el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días, contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular por escrito, o de que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo civil del distrito".

De igual manera el Art. 4 del Código de Procedimiento Civil declara que: “la jurisdicción voluntaria se convierte en contenciosa, desde que se produce contradicción en las pretensiones de las partes”. En materia de jurisdicción, voluntaria la condición del juez es diferente que en su actuación en materia de jurisdicción contenciosa, ya que normalmente la sentencia en la jurisdicción voluntaria se dicta bajo la responsabilidad del peticionario.

El juez, cuando se pronuncia en procesos de jurisdicción voluntaria no realiza una comprobación de la tesis, ya que no conoce más verdad que la que dice la parte interesada, por la que esta es una manera muy relativa de conocer la verdad. Es por eso que el contenido de los pronunciamientos en jurisdicción voluntaria es de carácter documental, probatorio, fiscalizador. Dice la doctrina que tiende a suplir una prueba, a dar notoriedad a un hecho que no lo era, a requerir una demostración fácilmente accesible a todos.

En este tipo de actos el trabajo del juez o del notario, según sea el caso, es acordar o negar la autorización con los elementos que tienen a la mano, ya que la ley no le exige más que eso; su decisión se pronuncia en sentido meramente lógico o formal.

Un importante punto que debemos destacar dentro del ejercicio de esta clase de jurisdicción es su carácter excepcional, no puede ejercerse sino en los casos expresamente determinados en la ley, a diferencia de lo que ocurre con los actos de jurisdicción contenciosa esta puede ejercérsela sobre cualquier clase de asunto, sobre cualquier clase de controversia sin que la ley establezca o pueda establecer una

enumeración de los casos en que la autoridad judicial puede o no ejercer esta jurisdicción.

El notario es un funcionario que solo puede legitimar un acto dentro de su propia esfera de acción, pero esta esfera no es sinónimo de jurisdicción. No todas las relaciones jurídicas son de otorgamiento forzoso ante el notario, hay relaciones que por su naturaleza no entran en el límite de las atribuciones notariales.

De tal manera que es indudable que las funciones notariales han de ser delimitadas, tanto en el orden de los principios como en el de su efectiva práctica, ya que así lo exige su coordinación y armonía con las demás funciones del Estado para obtener como resultado el buen gobierno, sin embargo, como lo señalamos anteriormente, esta delimitación de las funciones notariales no compromete a la competencia jurisdiccional.

Entendiendo así que la función notarial tanto en su razón fundamental de ser, cuanto en el ejercicio de su actividad, es función de ceñidos límites. En primer lugar, porque ella no tiene otro objetivo que la autenticación de actos y contratos extrajudiciales; y en segundo lugar porque solo son subsumidos en su esfera de acción aquellos actos y contratos que para su pleno existir jurídico necesitan documentarse en escritura pública.

Bellver Cano, en cuanto se refiere a los límites de la función notarial expresa lo siguiente: “...por razón de la materia la jurisdicción notarial alcanza a dar forma exterior y permanente a toda clase de declaraciones de voluntad de las cuales se levanta un acto jurídico, de contenido propio e independiente...y a los hechos humanos o notariales de los cuales pueda deducirse o con los cuales pueda enlazarse una relación jurídica”. ¿Es posible que la función notarial encierre un tipo especial de jurisdicción? Si bien es cierto, el notario cumple en su mayoría una función pública ¿pero esto implica que ejerce un tipo de jurisdicción?

Si bien la función notarial se admite dentro del proceso de fe judicial referido a asuntos voluntarios incuestionados, esto es, sin litis y se ajusta y encaja emana de los tres poderes primordiales del Estado, ya que siendo los poderes del Estado “presupuestos de seguridad” para la coexistencia jurídica, pública y privada, la función notarial debe juzgarse como un instituto de garantía de la organización impuesta por uno de esos poderes. En este sentido, la función notarial es seguridad jurídica, pues solo el Estado es quien delega la facultad de ejercer esa función.

De tal manera que sería del todo errado negar al notario su capacidad jurisdiccional, por lo que hablar de jurisdicción notarial es del todo correcto ya que estaríamos hablando de una clase de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, la pregunta en cuestión es ¿la jurisdicción voluntaria es una verdadera jurisdicción? Después del análisis expuesto, hemos determinado que no, y es por eso que no es correcto hablar de una jurisdicción notarial. Si bien es cierto la jurisdicción voluntaria es un tipo de jurisdicción que se encuentra identificada en nuestro Código de Procedimiento Civil pero como lo hemos venido

analizando, al momento de definirla muchos autores niegan que esta clase de jurisdicción sea una verdadera jurisdicción por su falta de elementos jurisdiccionales, que según Velásquez Restrepo son: la terceridad, es decir, la necesaria imparcialidad que se predica del juzgador frente al litigio; la exclusividad, ya que la jurisdicción, salvo excepciones de orden constitucional, es el juez quien tiene la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado; declara derechos en discusión; es un proceso jurisdiccional un proceso ínter partes; y el acto donde se materializa la jurisdicción a través de la sentencia y lo fundamental producir el efecto de cosa juzgada.

Sin embargo, por los varios elementos analizados y por los fundamentos en este trabajo desarrollado, hemos concluido que la jurisdicción voluntaria carece de elementos primordiales básicos y primarios para poder caracterizar como parte del poder jurisdiccional. Por lo tanto, concluimos en esta investigación que la naturaleza de la función notarial es mixta pues conlleva a la aplicación tanto del derecho público como del derecho privado. Además su producción legal son actos de naturaleza sui géneris ya que no constituyen ni actos administrativos, ni actos jurisdiccionales y tampoco actos estrictamente privados.

Creemos que la jurisdicción voluntaria cumple con una función administrativa más no con una función jurisdiccional, sin embargo, su producción legal no constituye actos administrativos, ya que ellos deben haber sido dictados de modo unilateral, en relación de subordinación respecto del destinatario del acto, en el ejercicio de su facultad de imperio y coercitividad. La producción legal de la jurisdicción voluntaria son, simplemente, actos en general que podríamos llamarlos actos sui géneris, ya que ellos no constituyen ni actos estrictamente privados ni actos administrativos, ni actos jurisdiccionales. Además, estos actos sui géneris son siempre

susceptibles de revisión en vía jurisdiccional y su función es productora de derecho y contribuye al desenvolvimiento gradual y jerárquico del orden jurídico.

De tal manera que, creemos que los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen naturaleza administrativa, ya que se dictan a petición de parte interesada, se encaminan a la efectividad de la ley, y de no pasar en autoridad de cosa juzgada permiten siempre su revisión en sede jurisdiccional.

Por lo que, es preciso aclarar que el argumento fundamental por el que los actos judiciales no contenciosos no forman parte de los actos jurisdiccionales es la falta del elemento cosa juzgada.

ACTO NOTARIAL

Para que exista un acto notarial se exige el cumplimiento de ciertas condiciones de forma obligatoria para su validez y eficacia como son:

- a) La presencia del notario, ya que su función principal consiste en dar fe, atestiguar el otorgamiento de actos o contratos que él ha presenciado;**
- b) Que el acto sea autorizado y celebrado en presencia del notario;**
- c) Que el acto que se autoriza este facultado conforme a la ley;**
- d) Que se observen las formalidades establecidas por la ley, por ejemplo, que se redacte en español, se enumere las matrices, etc.**

- e) **Que el acto se autorice en el lugar en que el funcionario ejerce sus atribuciones, es decir, que el notario actúe dentro de su jurisdicción territorial.**

Para la celebración del acto notarial, el notario debe escuchar a sus requirentes y determinar, en primer lugar, la posibilidad legal de efectuar lo que aquellos pretenden, y en segundo lugar, determinar con precisión jurídica, cuál es el contrato o acto jurídico que pretenden celebrar las partes.

El notario redacta el contrato correspondiente, de acuerdo con las necesidades de las partes, pero siempre de conformidad con las disposiciones legales aplicables. Ya redactado el contrato, el notario tiene la obligación de explicar su alcance y fuerza legales a la partes, para que una vez leído íntegramente y explicado, previa identificación plena de los contratantes, lo firmen en su presencia y él pueda autorizarlo, al certificar y dar fe que así se ha hecho. Con esto nace el acto notarial, documento que tendrá valor probatorio pleno.

“El documento notarial es el resultado del acto notarial. La fe pública nace del notario pues el legislador le ha concedido al notario la potestad de imponerla”. La observación completa de estos pasos dotará al documento notarial de un objetivo fundamental: evitar el litigio futuro o dirimir el presente.

El acto notarial, entonces, culmina en el documento o instrumento público notarial, pero en sí configura una actividad o función que es la demostración interna del proceso para la paz social, porque resuelve o evita el conflicto antes de que se presente, y garantiza y afirma los derechos de los particulares.⁸

El notario contribuye a la creación y formación de actos y contratos, en relación con los asuntos que se someten a su dictamen, en cuanto las partes recurren a su presencia para que los revista de forma legal y dé la solemnidad que en algunos casos se requiere, y en cuanto ilustra a las partes sobre la mejor manera ajustar a derecho dichos actos y contratos.

⁸CASTILLO Ogando, Nelson Rudys, Manual de Derecho Notarial, Ediciones Trajano Potentini, Tomo 1 República Dominicana 2007

En el ejercicio de su actividad, el notario confiere eficacia legal en sus efectos a los derechos y obligaciones contenidos en el instrumento notarial, pues, asegura la autenticidad del acto realizado la confiabilidad de garantizar su legalidad y determinar con exactitud los efectos que se deriven en aplicación de éste, tanto para los otorgantes como para terceros interesados; es decir, garantiza el libre ejercicio de los derechos y obligaciones instaurados en el documento.

Para Pelosi el acto puede ser considerado en su noción material, es decir, con respecto al contenido, o en su aspecto formal, a la concreción física, objetiva y visible con que se hace perceptible el hecho jurídico. Técnicamente hay que separar la idea de la operación jurídica del escrito destinado a constatarla. Son dos momentos diferentes. El acto es anterior y el documento le sigue. Es común decir que el acto es el contenido y el documento el continente.

Así, el documento notarial es todo escrito original o reproducido, autorizado por el notario y resguardado por él conforme la ley de su organización procurando los fines de seguridad, valor y permanencia de la función.

FUNCIONES DEL NOTARIO

Para poder realizar un análisis sobre la función notarial es primordial definir al sujeto activo de esta actividad: el notario.

Doctrinariamente existen diferentes opiniones sobre la definición del notario, por lo que a continuación vamos a presentar un breve análisis del profesional del derecho.⁹

⁹CARVAJAL, Bequer Flor, *Práctica Notarial y Registral*, Editores Edilex S.A., Pág. 56, 2007.

Como lo mencionaba, el notario es un funcionario muy antiguo, se lo conoce, su concepción es muy variada, ya que depende de tal o cual sociedad, así como de la época a la que nos refiramos. Sin embargo, su actividad siempre se ha identificado por lineamientos comunes que lo identifican.

Notario, según Enrique Giménes Arnau “es un profesional del Derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídico privados, y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídas los actos de la jurisdicción voluntaria”.

El notario es un sujeto privado que ejerce automáticamente por atribución expresa de la ley y previa habilitación administrativa que se concreta en el título del notario, una función pública en sentido técnico jurídico: la fe pública en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas.

Esta función pública, atribuida por la ley la ejerce el notario en el seno de una actividad privada. El notario ejerce dicha función movido

por un interés propio y particular, sin embargo, junto al interés propio de esta figura que ejerce la función notarial satisface un interés público que corresponde a la función que ejercita.

Precisamente por el interés público que persigue y la naturaleza de la función notarial, los notarios no se encuentran abandonados a su suerte, sino que están vinculados con obligaciones de derecho público, así como sometidos a un poder central de dirección y de disciplina.

Por lo que, el hecho de que el notario sea un sujeto privado no lo encasilla en cuanto al régimen jurídico aplicable, es decir, que su naturaleza privada no conlleva necesariamente un régimen jurídico privado, al igual que el ejercicio de funciones públicas no convierten al sujeto que las ejerce, necesariamente, en parte de la administración pública.

Como consecuencia de sus actuaciones, a los notarios se los califica como funcionarios públicos, sin embargo, el régimen jurídico en el que se encuentran inmersos habrá de ser mixto, tanto con reglas de derecho privado como de derecho público. El Art. 6 de la Ley Notarial define a los notarios como “los funcionarios investidos de fe pública para autorizar a requerimiento de parte, los actos contratos y documentos determinados en las leyes”.

El Art. 6 los señala como funcionarios sin aclarar ¿qué tipo de funcionario es? Tal vez debió decir que son funcionarios públicos, lo que a veces no resulta muy claro dada la condición sui generis que tiene el notario.

Además de los elementos que hemos señalado, existen otros factores que podrían categorizar al notario como un profesional libre, como que percibe sus retribuciones mediante aranceles y no con cargo a los presupuestos generales del Estado, a más de no estar incorporado a la administración pública.

En consecuencia ¿podríamos afirmar que el notario es un funcionario público que goza de independencia, autonomía y se encuentra investido de fe pública? Existen diferentes posturas al momento de definir la naturaleza jurídica de la figura notarial.

Unas afirman que es un funcionario público, otras lo consideran un profesional liberal, y las eclécticas o mixtas sostienen que su formación es pública desarrollada por un profesional liberal. Guillermo Cabanellas afirma “es funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. Es evidente que no existe uniformidad en el campo doctrinal respecto de si debe o no considerarse al notario como funcionario público. Sin embargo, nosotros sostenemos en este estudio que el notario es un funcionario público con rasgos de naturaleza privada, investido de fe pública, cuyo nombramiento y posesión le habilita para autorizar, a requerimiento de la voluntad particular o por disposición de autoridad competente, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes.

Finalmente, cabe decir que el legislador ecuatoriano a quien le ha acompañado la jurisprudencia no ha dudado en atribuir al notario la condición de funcionario público, a la vez que le asigna al notario la doble naturaleza: profesional y funcionario público. Además de esta doble naturaleza jurídica que se le atribuye al notario nos atrevemos a decir que el notario es funcionario judicial ya que, por lo menos en nuestra legislación, está inmerso en la función jurisdiccional.

Respecto a las funciones del notario cabe señalar que posee una triple función que cumplir en el ejercicio de su actividad, a saber: dar forma, probar y dar eficacia legal a los actos e instrumentos sometidos a su ministerio.

La labor del notario da forma a los negocios jurídicos, tanto en el caso que la intervención notarial sea exigida como requisito de existencia o validez, o cuando legitima las relaciones jurídicas mediante la eficacia que otorga al contenido del instrumento público.

En el ejercicio de su actividad, el notario confiere eficacia legal en sus efectos a los derechos y obligaciones contenidos en el instrumento notarial, pues, asegura la autenticidad del acto realizado al garantizar su legalidad y determinar con exactitud los efectos que se deriven en aplicación de éste, tanto para los otorgantes como para terceros interesados; es decir, garantiza el libre ejercicio de los derechos y obligaciones instaurados en el documento.

ATRIBUCIONES DEL NOTARIO

El Art. 18 de la Ley Notarial contempla en forma general y amplia las atribuciones del notario, pero a pesar de hacer una enumeración que aparentemente es taxativa, deja abierta la posibilidad, como sería el atribuirse funciones totalmente alejadas de la realidad o que están encomendadas a otro funcionario, al usar expresiones, como por ejemplo, en el numeral 1) “Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuviere razón o excusa legítima para no hacerlo”; 7) Incorporar al Libro de Diligencias, actos de remates, de sorteo y de otros actos en que hayan intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública. La actuación del notario deberá ser siempre ejecutada dentro de la naturaleza fedataria autenticante, certificante de hechos, actos o negocios propia del mismo. Esa

naturaleza de actuación, esto es, pacífica, sin controversias rogada, y deberá estar siempre enmarcada en la licitud de su accionar, por lo que su actuación frente a un acto contrario a las leyes, a la moral o a las buenas costumbres no solo deberá ser causa de excusa de prestación de servicio sino debe ser, de llegarse a efectuar, sancionado.

ABELLA, Adriana, Derecho Notarial, Zavalia, Argentina, Pág. 15, Año 2005.

Dentro del ejercicio de la actividad notarial, existen casos en que la atribución conferida al notario, respecto de un determinado asunto se encuentra en manos de otros funcionarios, en este caso se actuará a requerimiento de parte, se hará efectivo si las circunstancias y requisitos legales así lo ameriten. Tal es el caso, en nuestro país por ejemplo, de ciertos trámites como la disolución de la sociedad conyugal, reconocimiento de firmas, que se pueden proponer ante el juez de lo civil o solicitar la intervención del notario.

DEFINICIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL

Se la llama también sociedad de bienes, el Código Civil, respecto de esta institución, dice: “Por el hecho de matrimonio celebrado conforme a las leyes ecuatorianas, se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges”.

El matrimonio es la base para que se generen una serie de derechos y obligaciones entre los cónyuges, entre ellos una sociedad de bienes, en la que se acumulan una serie de posesiones que les pertenecen a

ambos y que en algún momento deberá repartirse cuando se dé por terminada ya sea unilateral o bilateralmente.

Según José García Falconí, la sociedad conyugal es la sociedad de bienes que se forma entre los cónyuges por el hecho de contraer matrimonio y a la falta de pacto contrario, como lo señala el Código Civil.¹⁰

¹⁰FALCONÌ García José, Practica Procesal Civil, Los Juicios de Inventarios, Tasación, Liquidación de la Sociedad Conyugal, Tom 1, Quito, Pág. 49.

Se concluye que la sociedad conyugal es una sociedad de bienes que se forma a partir del matrimonio, cuya unidad permanece en el matrimonio y cuya pluralidad se aprecia de manera especial al momento de su disolución y liquidación.

ANTECEDENTES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Antes de establecer los bienes de la sociedad conyugal es necesario mencionar las reformas surgidas en el matrimonio, ya que a través de esta institución nace tácitamente la sociedad de bienes.

Hasta antes de promulgarse las reformas, el Código Civil definía al matrimonio como: “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida, con el fin de vivir juntos de procrear y de auxiliarse mutuamente”.

Como conocemos, el matrimonio, por el hecho mismo de ser un contrato, y por cuanto en la práctica, posiblemente por una serie de circunstancias, son pocas las parejas que han vivido juntos por toda su

vida, existen en los juzgados y tribunales de justicia una gran cantidad de juicios de divorcios, y la citada norma no se cumple.

Posteriormente se introdujeron reformas al Código Civil mediante las cuales se eliminó las palabras “actual e indisoluble y por toda la vida”, porque se contradecía con el contenido del párrafo 2do del Título III del libro Segundo del indicado cuerpo legal, pues al tratar sobre la terminación del matrimonio, no podía sostenerse por un lado que el matrimonio era indisoluble y por toda la vida cuando en el Art. 105 se establece que el matrimonio termina por muerte de uno de los cónyuges, por sentencia ejecutoriada, por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido y por divorcio.

José García Falconí en cuanto se refiere a la naturaleza de la sociedad conyugal, se remite a los tratadistas en términos generales, quienes han expresado que ésta sociedad que en vida no lo es, nace como tal al instante de disolverse, pues solamente entonces marido y mujer aparecen con derechos igualitarios, y que según el aforismo “el marido vive como dueño y termina como socio.

Según el Código Civil en su Art. 81 el matrimonio, se define como “un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente”.

El matrimonio, se basa en el acuerdo de dos voluntades, por lo que la sociedad conyugal tiene un aspecto contractual, pero distinto de la generalidad del resto de contratos, “ninguno de los esposos podrá hacer donaciones al otro por causa de matrimonio, sino hasta el valor de la cuarta parte de los bienes propios que aportare”, por estos motivos, tampoco pueden considerarse a la sociedad conyugal como un contrato de sociedad, ya que son diferentes.

Por un lado la sociedad es un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común, con el fin de dividir entre sí los beneficios que de ellos provengan, es decir, se supone que los socios forzosamente deben hacer un aporte; en cambio la sociedad conyugal, subsiste aun cuando ninguno de los cónyuges haga aportes.

José García Falconí, cita a Enrique Rossel Saavedra, quien encuentra como características de la sociedad conyugal las siguientes:

1. “Para los terceros no hay más que dos patrimonios: el del marido y el de la mujer, no existe el patrimonio social;
2. Para los cónyuges existen tres patrimonios: el social y el propio de cada uno;
3. La sociedad conyugal nace por la ley, por el solo hecho del matrimonio, salvo pacto en contrario;
4. La sociedad conyugal solo existe entre marido y mujer y se disuelve ipso facto, si falta uno de ellos;
5. En la sociedad conyugal uno de los cónyuges puede renunciar a los gananciales;
6. La sociedad conyugal no necesita estipulación de aporte ni tampoco que se haga aporte alguno;
7. En la sociedad conyugal, los gananciales se dividen por mitad, cualquiera que sea el monto de los aportes y aunque uno de los cónyuges no haya aportado nada;
8. En la sociedad conyugal, solo el marido responde ilimitadamente, la mujer solo responde con los gananciales y solo con sus bienes propios cuando reporta beneficios al acto o

contrato, si renuncia a sus gananciales cesa en su responsabilidad;

9. En la sociedad conyugal solo administra el marido; la administración ordinaria de la sociedad conyugal puede hacerla cualquiera de los cónyuges, previo acuerdo, pero puede el uno autorizar al otro para que realice actos relativos a tal administración;

10. En la sociedad conyugal, el patrimonio se confunde con el patrimonio del marido y es así, señala el tratadista mencionado, que el Código Civil dispone que el marido es respecto a terceros, dueño de los bienes sociales como si ellos y sus bienes formarían un solo patrimonio”.

Otras características de la sociedad conyugal, es que tiene una vida subordinada, porque nace de la Ley, automáticamente al celebrarse el matrimonio. Terminado el matrimonio, termina también esta sociedad, es decir, lo que en derecho se conoce como lo accesorio.

Consecuentemente, puede tener igual o menor duración y en ningún caso puede subsistir más allá desde el momento en que se disuelve el vínculo matrimonial, porque el matrimonio, que es lo principal, subsiste por sí solo, pues, por el contrario, no necesita que exista la sociedad conyugal porque esta puede ser declarada disuelta en cualquier momento a pedido de cualquiera de los cónyuges, mediante sentencia judicial.

Por tal motivo, la sociedad es una institución de orden público, al requerir de la sentencia dictada por el juez de lo Civil; por lo tanto, no es un acto de voluntad de los cónyuges.

BIENES ADQUIRIDOS ANTES DE LA CELEBRACIÓN
DEL MATRIMONIO

Los bienes que una persona puede adquirir están establecidos en el Libro Segundo del Código Civil; su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones, por lo tanto, al hablar de los bienes adquiridos antes de la celebración del matrimonio, una persona puede adquirir el dominio a través de la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. Adicionalmente, a través de las donaciones y concesiones que haya adquirido.

Los derechos de la criatura que está en el vientre materno, están claramente protegidos, se encuentran suspensos hasta que se efectúe el nacimiento, luego de lo cual, inmediatamente entra el recién nacido en el goce de sus derechos, como si hubiese existido al tiempo en que le correspondieron; pero si muere en el vientre materno o antes de haberse separado completamente de su madre, estos derechos pasan a otras personas como si la criatura no hubiese existido jamás.¹¹

El Código Civil protege el derecho de quien se está formando en el vientre materno, porque el “rigor técnico cede paso a la realidad incuestionable de que en el vientre materno palpita una forma de existencia -para algunos una verdadera vida- en torno a la cual pueden estar concentrándose intereses jurídicos que el derecho no puede ignorar absolutamente”, conforme lo afirma Luis Parraguez, por lo que esta es la situación jurídica del que está por nacer.

Consecuentemente, queda establecido que el que está por nacer aún no tiene derechos, no es una persona, pero tendría derechos si nace vivo, pues si se trata de una asignación hecha por el causante, entonces luego de este acontecimiento gozará de la asignación; los derechos del que está por nacer, solo constituyen una expectativa de

derecho, por lo que Luis Parraguez los califica como derechos condicionales.

Los bienes adquiridos antes del matrimonio, es decir, bienes adquiridos desde el nacimiento de una persona cabe señalar que no ingresan al haber de la sociedad conyugal, por lo que constituyen un patrimonio propio y exclusivo del cónyuge.

¹¹CABALLERO, Tomás, Divorcio del Matrimonio Canónico, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1988, Pág. 50.

CAPITULACIONES MATRIMONIALES

De conformidad con el Art. 150 del Código Civil las capitulaciones matrimoniales son “convenciones que celebran los esposos o los cónyuges antes, al momento de la celebración o durante el matrimonio, relativas a los bienes, a las donaciones y a las concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o de futuro”.

Así, para Guillermo Cabanellas es “el contrato matrimonial hecho mediante escritura pública, por el cual se establecen las futuras condiciones de la sociedad conyugal, en cuanto al régimen patrimonial de ésta. En la escritura pública consta tal concierto o pacto”.

Manuel Osorio, las denomina también convenciones matrimoniales; como aquellas que, en escritura pública hacen los futuros contrayentes antes de la celebración del matrimonio civil. Tienen por objeto establecer el régimen económico de la sociedad, determinando los

bienes que cada uno aporta; las donaciones que el esposo hace a la esposa y otras cláusulas patrimoniales de presente y para lo futuro. En algunas legislaciones se admite o se admitía la reserva de la a mujer administrar los bienes raíces legados por ella al matrimonio, así como las donaciones que los esposos se dejaren por su fallecimiento. En la Argentina se han derogado los dos objetivos señalados anteriormente, y la ley declara nula cualquier convención que no sea de las taxativamente enunciadas.

A través de esta institución, los que van a contraer matrimonio o los cónyuges, pueden modificar el régimen de la sociedad conyugal de la que está por formarse, o de la que está ya constituida, para sustituirlo por un régimen diferente, como puede ser de comunidad universal o de separación parcial o total de los bienes. A estas convenciones, son las que se conocen como capitulaciones matrimoniales.

Las capitulaciones son solemnes ya que deben otorgarse mediante escritura pública, y pueden ocurrir antes o durante el matrimonio. Se debe marginar en la partida de matrimonio en el Registro Civil y si se trata de inmuebles, debe inscribir en el Registro de la Propiedad.

Las capitulaciones matrimoniales no son condicionales. Si bien es cierto que para que ellas produzcan efectos requieren de la celebración del matrimonio, no es menos cierto que el matrimonio, a su respecto no es un elemento accidental que puede faltar o no – característica esencial de la condición – sino un requisito de su esencia, sin el cual las capitulaciones no tienen vida jurídica, ni siquiera engendra un germen de derechos. Tanto es así que celebradas las capitulaciones matrimoniales sus efectos se producen una vez que

los esposos contraen matrimonio, pero estos jamás se retrotraen ni en lo más mínimo al momento en que fueron pactadas las capitulaciones.

Una vez constituidas las capitulaciones matrimoniales, a los cambios que se hagan a futuro, que pueden ser por adición o alteración, se las debe hacer de la misma manera que cuando se constituyeron, es decir, cumpliendo con todas las solemnidades, porque caso contrario, no podrán ser admitidas a juicio, y finalmente, éstas deben ser agregadas en extracto o minutas al margen del protocolo de la primera escritura o de la partida de matrimonio.

Las capitulaciones matrimoniales tienen como objeto limitar los bienes, por lo que son estrictamente patrimoniales, se encuentra normado, a partir del Art. 152 al 156 del Código Civil. Por estas razones, los cónyuges no pueden introducir pactos que puedan generar efectos personales, en cuanto a derechos y obligaciones extra patrimoniales, por lo que de ocurrir, se lesionaría el orden público nacional, y resultaría afectado el régimen de bienes por las capitulaciones matrimoniales.

Si examinamos el contenido del reformado Art. 152 del Código Civil, encontramos que los esposos o cónyuges pueden libremente estipular los siguientes posibles pactos:

- 1) La designación de los bienes que uno o ambos esposos aportan al matrimonio, con expresión de su valor.
- 2) La enumeración de las deudas de cada esposo.
- 3) El ingreso a la sociedad conyugal de ciertos bienes que de acuerdo a las reglas generales no ingresaría a la sociedad.

- 4) El que permanezca en el haber propio de un esposo, un bien que ordinariamente ingresaría a la sociedad.
- 5) Modificaciones a las normas sobre administración de la sociedad conyugal, siempre que ello no sea en perjuicio de terceros.
- 6) Los esposos pueden designar al administrador ordinario de la sociedad conyugal.
- 7) En las capitulaciones matrimoniales los esposos pueden hacerse donaciones o concesiones de presente o de futuro.
- 8) Los cónyuges pueden destinar valores propios para subrogaciones de inmuebles.
- 9) Puede pactarse que la mujer reciba por una vez o periódicamente una cantidad de dinero para que disponga a su arbitrio.

De lo anotado podemos identificar la administración extraordinaria, contenida en el numeral 5to del Art. 152, en concordancia con el Art. 180 del Código Civil, por lo que queda establecido que en las capitulaciones matrimoniales, se puede imponer obligaciones adicionales en relación al administrador, como la de enajenar bienes, que para tal efecto necesita autorización de su cónyuge; y, la administración ordinaria de acuerdo al inciso primero del Art. 180 del citado Código Civil, “Tendrá la administración ordinaria de la sociedad conyugal, el cónyuge que, por decisión de los contrayentes conste como tal en el acta de matrimonio o en las capitulaciones matrimoniales, a falta de estipulación, se presumirá que el administrador es el marido”.

Se distingue, además, que existen limitaciones para modificar las normas de la administración de la sociedad conyugal. “El cónyuge a cuyo cargo esta la administración ordinaria de los bienes sociales necesitará de la autorización expresa del otro cónyuge para realizar actos de disposición, limitación, constitución de gravámenes de los bienes inmuebles, de vehículos a motor y de las acciones y participaciones mercantiles que pertenezcan a la sociedad conyugal”.

Las prohibiciones que pueden darse en las capitulaciones matrimoniales, son las siguientes:

a) Los cónyuges no podrán renunciar a los derechos y obligaciones declarados irrenunciables por la ley, como la acción de nulidad, la acción de divorcio, el derecho a alimentos, etc. o inherentes a la naturaleza del matrimonio, como los de cohabitación o de auxilio mutuo;

b) Tampoco tendrán valor estipulaciones contrarias a la moral, a las buenas costumbres o al orden público ecuatoriano, como el acuerdo de destinar bienes para fines ilícitos o el compromiso de someter las contiendas que resultaren del régimen de bienes a una jurisdicción extranjera. Por esta misma razón, no sería válida una capitulación que altere la presunción de dominio de ambos cónyuges sobre los bienes sociales y a la que nos hemos referido más arriba; tratándose de capitulaciones celebradas por los cónyuges, es decir, durante el matrimonio y estando vigente el régimen de sociedad conyugal, no se puede pactar un régimen de bienes que importe poner término a esa sociedad, pues, como lo expresamos más arriba, ello importaría crear una causal de disolución que no se encuentra prevista en el Art. 189 del Código Civil.

Las capitulaciones matrimoniales pueden ser revocadas o modificadas por los cónyuges en cualquier momento a su arbitrio, y podrá modificarse antes o durante el matrimonio, de común acuerdo entre los cónyuges.

Para que pueda oponerse a terceros las adiciones o alteraciones que se hagan en las capitulaciones matrimoniales, debe anexarse un extracto o minuta de las escrituras posteriores, al margen del protocolo de la primera escritura o de la partida de matrimonio, en su caso.

A pesar de que se haya cumplido con ese requisito, las alteraciones no afectarán los derechos de los acreedores constituidos con anterioridad” a ellas para “perseguir sus créditos en los bienes cuyo régimen se modificó.

Finalmente, es necesario establecer la capacidad de los otorgantes que intervienen en las capitulaciones matrimoniales, para lo cual Parraguez distingue dos tipos de incapaces:

1. Los menores hábiles para contraer matrimonio que son las mujeres mayores de 12 años; y los varones mayores de 14 años, pueden estipular todas las capitulaciones matrimoniales que la ley les permite, como si fueren mayores de edad, contando desde luego con la aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio.
2. Los sometidos a curadurías por otra causa que no sea la de menor de edad, en este caso, necesitan la autorización de su curador para capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor. Las personas a

que se refiere este numeral corresponden a los dementes los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito y los disipadores.

La misma norma, establece que toda estipulación en contrario es nula; la falta de las autorizaciones analizadas acarrea la nulidad relativa de las capitulaciones matrimoniales, esta especie de nulidad es saneable por el transcurso del tiempo (4 años) o por ratificación; las capitulaciones viciadas se convalidan por cualquiera de las formas anotadas.

DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO

Antes de abordar el presente tema considero necesario señalar las diferencias esenciales entre las donaciones por causa de matrimonio y donaciones entre cónyuges. Así las donaciones entre cónyuges son donaciones entre vivos y son donaciones revocables, pero que no se sujetan a las formas propias de estas; no es un acto testamentario sino un acto entre vivos y que puede revertirse de las solemnidades propias de los contratos aunque, eventualmente, también podría hacerse en forma de testamento.

Muy distinta es la figura de las donaciones por causa de matrimonio. Estas son donaciones entre vivos, y por lo tanto irrevocables y no se asimilan a las donaciones entre los cónyuges. Esta donación puede ser realizada por los esposos (antes del matrimonio) o a favor de los cónyuges (por terceros, pueden ser anteriores al matrimonio o durante él) en consideración al matrimonio, de conformidad con el Art. 208 del Código Civil.

El Art. 209 del Código Civil establece que: “Las promesas que el un esposo hace al otro antes de celebrarse el matrimonio y en consideración a él, o que un tercero hace a uno de los esposos en

consideración al matrimonio, se sujetaran a las mismas reglas que las donaciones de presente, pero deberán contar por escritura pública, o por confesión del tercero”.

Código Civil Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Pág. 44
Párrafo 8.

En las donaciones por causa de matrimonio una de sus principales características es que tienen el carácter de condicional, están sujetas a que se cumpla el hecho incierto que se celebre, o se haya celebrado el matrimonio, ya que si se hubiere declarado la nulidad del matrimonio se podrá revocar las donaciones que, por causa del mismo matrimonio, se hayan hecho al que contrajo de mala fe, con tal que la donación y de su causa haya constancia por escritura pública.

El Art. 212 C.C. señala que “En la escritura del esposo donante se presume siempre la causa de matrimonio, aunque no se exprese”. Carecerá de esta acción revocatoria el cónyuge putativo que también contrajo de mala fe.

Las donaciones por causa de matrimonio se asimilan a las donaciones entre vivos en cuanto que no se entenderá la condición resolutoria de faltar el donatario o asignatario sin dejar sucesión, ni otra alguna que no se exprese en el respectivo instrumento, o que la ley no prescriba. Esto origina que en caso de morir el esposo al que hubiere hecho una donación revocable, antes del matrimonio, sí puede transmitir el derecho a sus sucesores a diferencia de lo que sucede en las donaciones mortis causae, en las que, si fallece el donatario antes que el donante, no trasmite derecho alguno a nadie.

Si el matrimonio resultare nulo la donación tampoco tendría valor, y la sentencia que declare la nulidad, producirá también el efecto de dejar sin valor la donación condicional.

La forma de estas donaciones corresponde a las que se hacen por acto entre vivos. Ha de ser solemne si se refiere a inmuebles, pero puede no serlo, en caso de bienes muebles bastando la manifestación de voluntad incluso verbalmente. Por esto se permite realizar una confesión del tercero donante. No se admite en cambio, la simple confesión de una de las partes. Cuando se realizan este tipo de donaciones entre esposos, la ley limita su cuantía, así el Art.210 C.C. establece “Ninguno de los esposos podrá hacer donaciones al otro por causa de matrimonio, sino hasta el valor de la cuarta parte de los bienes propios que aportare”.

La ley limita la cuantía, la cual guarda relación con la que tiene el causante de sucesión hereditaria con sus descendientes: solamente puede disponer libremente de la cuarta parte de su patrimonio a favor de cualquier persona.

En la práctica actual no se realiza la donación por causa de matrimonio, e incluso en años pasados contados casos se han celebrado, mas bien ha ido tomando fuerza las capitulaciones matrimoniales, ya que son actos jurídicos mediante el cual los cónyuges o futuros cónyuges pueden estipular, modificar o sustituir el régimen económico de la sociedad conyugal que ha de regir durante el matrimonio.

Las capitulaciones matrimoniales pueden modificarse en cualquier tiempo, antes o durante el matrimonio, de común acuerdo entre los cónyuges, pero será nula cualquier estipulación contraria a las leyes, a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge o aquellas que perjudiquen a terceros. Las capitulaciones matrimoniales, producen efecto siempre y cuando se celebre el matrimonio.

Mediante las capitulaciones matrimoniales también se puede hacer constar el ingreso de bienes que según la ley no pasan a formar parte de la sociedad conyugal. Por ejemplo: Si uno de los cónyuges es propietario de un bien inmueble que adquirió de soltero, puede realizar capitulaciones matrimoniales para que el inmueble pase a formar parte de la sociedad conyugal, este acto no genera impuesto de alcabala, pero sí el impuesto correspondiente a la donación, ya que se toma como una donación que realiza uno de los cónyuges en favor del otro, ya que según el Reglamento para la aplicación de la Ley de Régimen Tributario en el Art. 41 señala "Son objeto del impuesto a la renta los acrecimientos patrimoniales de personas naturales o sociedades provenientes de herencias legados y donaciones.

Este impuesto se aplica en las donaciones que hayan incrementado su patrimonio a título gratuito, sean estos de bienes o derechos situados en el Ecuador o en el exterior y serán transferidos a favor de residentes en el país.

Solo se pagará si el monto recibido por la donación supera la base imponible para el cálculo del impuesto a la renta. Las personas naturales pagarán el cinco por ciento del valor en exceso, y se cancelará previa inscripción de la escritura o contrato.

BIENES ADQUIRIDOS DURANTE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Siendo la familia anterior al Estado, es por lo tanto el matrimonio una creación del Estado, quien a través del Derecho Civil se encarga de regular los efectos del matrimonio en dicho plano jurídico.

El matrimonio es una institución que se origina por medio de un contrato solemne, y tiene por objeto la ayuda mutua de los cónyuges, la procreación y educación de la prole.

En cuanto a esta ayuda mutua que tiene como finalidad el bien común, el jurista ecuatoriano Juan Larrea Holguín manifiesta que “... el bien común temporal, es evidente que compete al Estado una amplia jurisdicción sobre los efectos civiles del matrimonio. Al regular estos efectos, dentro de las normas de la moral, con justicia y prudencia, el Estado promueve eficazmente el bien común, que es su finalidad”.¹¹

“Hay que recalcar que sin matrimonio no existe sociedad conyugal, pues es una sociedad suigéneris, que se forma con el matrimonio y permanece latente hasta que este se disuelva”.

El doctor José García Falconí de manera muy clara manifiesta que para que exista sociedad conyugal como tal es requisito previo la celebración de un contrato matrimonial con las solemnidades establecidas por la ley, por lo tanto, para que nazca esta institución jurídica, la ley no prevé ninguna otra opción.

En la legislación ecuatoriana, esta sociedad es una sociedad de gananciales a título universal entre los cónyuges, de tal manera que sin un matrimonio los bienes adquiridos por una pareja que no sean marido y mujer no pueden ser considerados como bienes de una

sociedad conyugal ya que jamás existió como tal. La sociedad conyugal se inicia el día de la celebración del matrimonio y termina el día de su disolución.

¹¹LARREA Holguín Juan, Derecho Civil del Ecuador, Derecho Matrimonial, Quito, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Tercera Edición Tomo II, 1978. Pág. 22,28.

Por consiguiente los bienes que están comprendidos dentro de esta sociedad *suigeneris*, son los adquiridos por los cónyuges desde la celebración de su matrimonio hasta la terminación del mismo. Es una institución importantísima por cuanto regula los intereses pecuniarios de los cónyuges entre sí y respecto de terceros.

La sociedad conyugal está formada por el patrimonio social y el patrimonio particular de los cónyuges, por lo tanto se comprende que el patrimonio de la sociedad conyugal son los bienes, derechos y acciones, así como las obligaciones adquiridas, de tal manera que está compuesto por el haber y el pasivo social, desde el matrimonio hasta la disolución mediante los procedimientos determinados en la ley.

Es importante para comprender qué bienes son los que constituyen la sociedad conyugal según la legislación civil ecuatoriana, citar el Art. 157 del Código Civil de la República del Ecuador, el mismo que reza lo siguiente: “El haber de la sociedad conyugal se compone:

1. De los salarios y emolumentos de todo género de empleos y oficios, devengados durante el matrimonio;
2. De todos los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucro de cualquiera naturaleza, que provengan, sea de los bienes sociales, sea de los bienes propios de cada uno de los cónyuges, y que se devenguen durante el matrimonio;

3. Del dinero que cualquiera de los cónyuges aportare a la sociedad, o durante ella adquiriere; obligándose la sociedad a la restitución de igual suma;
4. De las cosas fungibles y especies muebles que cualquiera de los cónyuges aportare al matrimonio, o durante él adquiriere; quedando obligada la sociedad a restituir su valor, según el que tuvieron al tiempo del aporte o de la adquisición; y,
5. De todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio, a título oneroso. Las reglas anteriores pueden modificarse mediante las capitulaciones matrimoniales, conforme lo dispuesto en el Art. 152”.

El patrimonio de la sociedad conyugal, esta constituido por los bienes propios de la mujer, por los bienes propios del marido y por los bienes gananciales.

En la sociedad conyugal se encuentran confundidos estos patrimonios, los particulares así como los de la comunidad social, las deudas sociales y las legítimamente contraídas por el cónyuge administrador o por el no administrador pero hábil para contratar y obligarse. Estos patrimonios son los que mantienen la armonía y la subsistencia de la familia que usufructuará de ellos mientras subsista la sociedad conyugal.

LOS BIENES ADQUIRIDOS DESPUÉS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

El Código Civil ecuatoriano establece los casos para que proceda la disolución de la sociedad, así lo determina el “Art.189: La sociedad conyugal se disuelve:

- a) Por la terminación del matrimonio;
- b) Por sentencia que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido;
- c) Por sentencia judicial, a pedido de cualquiera de los cónyuges;
y,
- d) Por la declaración de nulidad del matrimonio.

En los casos de separación parcial de bienes continuará la sociedad en los bienes no comprendidos en aquella”.

El divorcio disuelve el vínculo civil, cesan los deberes y derechos conexos, pues al terminar el matrimonio, también termina la sociedad conyugal de manera automática, y a pesar de que se manifiesta que no se requiere ningún otro acto jurídico o formalidad, hay que indicar que en el caso del divorcio procede, siempre que dicho fallo esté ejecutoriado, e inscrito en el Registro Civil.

En el caso de nulidad del matrimonio, la sociedad conyugal también llega a su fin. En este caso se analiza si los dos procedieron de mala fe, si efectivamente lo hicieron con conciencia y voluntad en este caso se considera que jamás existió sociedad conyugal; pero si ambos cónyuges obraron de buena fe, nace el matrimonio putativo y por consiguiente sí existe sociedad conyugal; por último, se encuentra el tercer caso en cuestión, cuando solo uno de ellos obró de buena fe en este caso también existe sociedad conyugal y la misma llega a su fin.

Con lo indicado se determina que los casos citados en el Art. 189, cualquiera de los cónyuges pueden pedir libremente la terminación y liquidación de la sociedad conyugal, y para que exista esta disolución, existe el antecedente legal correspondiente que fija el Derecho, produciendo el efecto jurídico respecto de los cónyuges y sus bienes.

Por consiguiente son estas las causales establecidas por la ley para poner fin a la sociedad conyugal, si se procede de otra manera cualquier acto distinto a los ya señalados carecen de validez y adolecen de nulidad absoluta.

Al realizarse los trámites legales para la disolución de la sociedad conyugal, subsiste una masa indivisa, pos comunitaria de bienes hasta el ajuste de las cuentas de liquidación, pudiendo aplicarse las reglas del condómino para la administración del patrimonio.

“Desde que se disuelve la sociedad conyugal y mientras no haya partición, ninguno de los comuneros, ni sus herederos pueden enajenar los bienes de la sociedad conyugal, si lo hacen están vendiendo cosa ajena.”.

El fundamento jurídico para que ninguno de los cónyuges o sus herederos dispongan de aquellos bienes es que los mismos no son de su propiedad sino que la única y exclusiva propietaria es la sociedad conyugal, y ninguno de ellos puede contrariar el mandato de la ley y disponer a su arbitrio de bienes ajenos.

La disolución de la sociedad conyugal deja en facultad a cualquiera de los cónyuges o ex cónyuges para que con plena independencia

adquieran bienes, derechos y obligaciones, los mismos que pasan a formar parte del patrimonio de quien lo adquiera.

Existiendo tal independencia para la adquisición de bienes, ésta se extiende también a su administración para lo cual quien es titular puede gravarlos, donarlos, enajenarlos libremente sin que para cualquiera de estos actos requiera la firma del otro cónyuge en el caso de que subsista el matrimonio.

De tal manera que si subsiste el matrimonio los bienes que los cónyuges adquieran durante su matrimonio son bienes propios de cada uno de ellos, sin que puedan ser objeto en lo posterior de partición, pero para el efecto de la liquidación se requerirá de manera obligatoria que se proceda previamente con un inventario y avalúo, para que siguiendo los respectivos pasos procesales sean entregados a sus dueños. Estos bienes propios acrecentarán sus patrimonios particulares razón por la cual ellos comparecen individualmente para la adquisición, administración, goce, disposición de sus bienes y de los gananciales que obtengan luego de la liquidación de la sociedad conyugal.

El doctor José García Falconí con respecto a la adquisición de los bienes después de efectuada la disolución de la sociedad conyugal afirma que existe una excepción a la regla general según la cual estos bienes pertenecen exclusivamente a quien los adquiere, y se fundamenta en el hecho de que los bienes, sin embargo de haberse adquirido después del matrimonio o encontrándose disuelta la sociedad conyugal, pertenecen a esta debido a que fueron generados o debieron devengarse durante su vigencia.

“Luego de disuelta la sociedad conyugal... se refutan adquiridos durante el matrimonio, los bienes que durante él debieron adquirirse

por uno de los cónyuges y que de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad conyugal, por no haberse tenido noticia de ellos por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce.”.

LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Según el Dr. García Falconí liquidación de la sociedad conyugal significa “ajustar las cuentas entre los cónyuges o ex cónyuges; y, para llegar a esto deberá determinarse el valor de los bienes, pagar las deudas y fijar las compensaciones que pudieran existir entre ellos lo que también se llaman recompensas.

La liquidación, a decir de Cabanellas es “el conjunto de operaciones realizadas para determinar lo correspondiente a cada uno de los interesados en los derechos activos y pasivos de un negocio, patrimonio u otra relación de bienes y valores. Adicionalmente sobre la liquidación de bienes de la extinta sociedad conyugal manifiesta que disuelto o anulado el matrimonio, con la desaparición o inexistencia del vínculo ha de procederse a la liquidación del patrimonio conyugal, siempre que el matrimonio no se hubiere celebrado de acuerdo con un régimen de absoluta independencia de bienes”.

Por lo tanto considero que la liquidación es la división del patrimonio de la extinta sociedad conyugal, en virtud de la cual, consensual, judicial o extrajudicialmente, los cónyuges o ex cónyuges deciden adjudicarse.¹²

Existen diferentes clases de liquidaciones:

1. la liquidación judicial, es decir cuando se ha sometido la partición del patrimonio de los gananciales conyugales por la vía contenciosa y se verifica con resolución definitiva del juez;
2. la liquidación extrajudicial, cuando a pesar de haberse sometido a la resolución del juez la partición, el juicio se interrumpe para distribuirse el patrimonio de la extinta sociedad conyugal; y,

¹²ARNAU Giménez Enrique, Derecho Notarial, Pamplona, 1976, Pág., 65.

3. la liquidación consensual o voluntaria, cuando los ex cónyuges por mutuo acuerdo deciden distribuirse el patrimonio obtenido durante la existencia de la sociedad conyugal y, lo perfeccionan solicitando al juez o al notario que apruebe esta liquidación.

En consecuencia analizaré la liquidación de la sociedad conyugal judicial y consensual a través de notario. Así la liquidación de la sociedad conyugal judicial se produce luego de que se ha agotado el juicio de inventario y tasación de los bienes de la extinta sociedad conyugal, sucede la siguiente fase que es la liquidación de la sociedad conyugal. El juez competente para proceder a la liquidación, es quien resolvió sobre el inventario y la tasación.

Para llegar al campo procesal de la liquidación tiene que haberse agotado el trámite previo, es decir, que la sentencia que apruebe determinado inventario y tasación tiene que encontrarse en firme. Luego de lo cual, sí procede la demanda de liquidación de la sociedad conyugal o partición del patrimonio de la extinta sociedad conyugal.

En los actuales tiempos, en que la administración de justicia es lenta, engorrosa, ineficiente, las partes procesales, -si continúan en discrepar sobre la división o liquidación de los gananciales conyugales- tienen que nuevamente armarse de valor y paciencia e iniciar su última fase. El trámite de la liquidación es especial.

Las reglas de procedimiento son las mismas que se utilizan para la partición de bienes sucesorios. Este precepto se encuentra establecido en el Art. 206 del Derecho Civil en donde prescribe que la división de los bienes sociales se sujetará a las reglas dadas para la partición de los bienes hereditarios.

La liquidación del patrimonio de la extinta sociedad conyugal, se produce siempre y cuando no exista acuerdo de las partes, entonces, obedece a todo un proceso jurídico que se inicia con la disolución de la sociedad conyugal, pasando por el inventario y tasación de la misma, para desembocar en su liquidación propiamente dicha.

Cabe señalar que si no existe un acuerdo previo o extrajudicial, el juez tiene la obligación de partir el patrimonio conyugal conforme los preceptos legales de la partición sucesoria sin evitar los principios de equidad y sana crítica. Frente a ello nuevamente estaríamos ante el problemático y controvertido juicio de liquidación.

Ahora que la administración de justicia está severamente criticada por su lentitud, ineficacia, y corrupción, es fácil pronosticar que el juicio de liquidación de la sociedad conyugal culminaría en dos o tres años, en consecuencia los cónyuges o ex cónyuges disfrutarán de los bienes después de mucho tiempo. Ciertamente en la vida diaria la liquidación judicial, se constituye en un verdadero atentado a la economía de los litigantes.

Como se observará, el trámite de la liquidación de los bienes es un trámite especial, luego del que juez califique la demanda de liquidación como clara y precisa y reúne los requisitos de Ley, éste tiene que conceder a los litigantes, el término de quince días, para que

dentro de este período de tiempo, presenten ciertos cuestionamientos jurídicos o cuestiones de resolución previa si existieren. Ulteriormente y, vencido el término que señala este precepto legal, el juzgador deberá correr traslado no solamente a la contraparte, sino en forma simultánea a las dos partes por igual.

Si han existido cuestionamientos jurídicos o asuntos de cuestión previa sobre la liquidación del patrimonio de ex sociedad conyugal y, luego de que se han agotado los términos fijados en la presente disposición legal invocada, el juzgador, inmediatamente convocará a la audiencia de conciliación, con el objeto obvio de conciliar intereses y de procurar un acuerdo sobre estos asuntos de resolución previa. Si en esta diligencia no se ponen de acuerdo los litigantes, el juez, con sujeción a esta disposición legal, abrirá la causa a prueba observando las reglas establecidas.

La etapa de prueba según ese precepto legal, tiene un mínimo de duración de cinco días y un máximo de quince días. El juez, está facultado para, según su criterio jurídico, conceder el período de tiempo observando. En consecuencia, en la respectiva acta de la audiencia de conciliación en donde ordena se abra causa a prueba, tendrá que, necesariamente consignar la cantidad de días que dure la prueba.

Los asuntos de resolución previa que se presenten en la liquidación de los gananciales de la extinta sociedad conyugal, se constituye en un incidente que retarda sustancialmente el proceso. En definitiva una vez señalado el proceso judicial de la liquidación de la sociedad conyugal, los bienes de la extinta sociedad conyugal no pueden ser utilizados por los cónyuges o ex cónyuges, mientras no se haya ejecutoriado la sentencia que resuelve la partición. De ahí que es mejor recomendar como abogados patrocinadores que se lleve a cabo la liquidación de la partición extrajudicial o consensual. La

liquidación consensual de la sociedad conyugal, es la división de la extinta sociedad conyugal, acordado por los cónyuges o ex cónyuges libre y voluntariamente. Para que surta efecto, tiene que ser libre y voluntaria, exenta de los vicios de consentimiento. Con la liquidación consensual, no existe colisión de intereses de parte de los litigantes, se elimina un proceso judicial que fácilmente superaría un par de años o más.

El trámite de esta división es esencialmente sumarísimo. Precisamente allí radica su importancia. El juez exclusivamente se limita a dar trámite la petición de los ex cónyuges si reúne los requisitos establecidos en el Art. 819 del Código de Procedimiento Civil, procederá a aprobar el convenio de la repartición de los gananciales de la extinta sociedad conyugal. Necesariamente se requiere de escritura pública para la liquidación de la sociedad conyugal en aplicación al mencionado artículo; debe ser aprobada judicialmente, o también se puede pedir la aprobación para la inscripción a un notario público de conformidad con el Art.18 numeral 23 de la Ley reformativa Notarial, y debe ser inscrita en los registros de la propiedad o mercantil correspondiente.

Para realizar la escritura pública los interesados deben presentar la minuta firmada por un abogado, junto con la partida de matrimonio y los certificados de gravámenes de los inmuebles. Si los inmuebles que van a ser adjudicados están hipotecados, se necesita la comparecencia del acreedor o una certificación en la que conste su autorización la cual se agrega como habilitante a la escritura.

El notario, entrega el extracto a los interesados que deberá ser publicado por una sola vez en un periódico de amplia circulación del lugar, conforme a lo dispuesto en el Art. 82 del Código de Procedimiento Civil.

Una vez efectuada la publicación del aviso, y transcurrido el término de veinte días hábiles, el peticionario entregará al notario el periódico en el cual se publicó el aviso. El Notario verificando que hayan transcurrido los veinte días debe sentar razón notarial de haberse o no presentado oposición alguna. De no presentarse oposición, el notario realiza una razón notarial en la cual señala que no se ha presentado oposición alguna, y dispone la inscripción en el registro o registros correspondientes.

Se toma nota de lo actuado al margen de la matriz original de liquidación de la sociedad conyugal. El notario protocoliza el aviso junto con la petición y la razón notarial. Adicionalmente entrega las copias de protocolización a los interesados para que procedan a la inscripción en los registros correspondientes; de haberse presentado oposición, el notario hace constar el particular en la razón notarial, posteriormente se toma nota de lo actuado al margen de la matriz original de liquidación de la sociedad conyugal.

El notario protocoliza el aviso junto con la petición, la posición y razón notarial. El notario entrega las copias de la protocolización a los interesados para que, de considerar procedente, puedan plantear las acciones legales pertinentes.

En consecuencia como la liquidación y ulterior adjudicación de los gananciales, genera efectos jurídicos sustanciales, la ley exige que ésta se efectuó mediante escritura pública. Como todos sabemos, todo instrumento público genera derechos y obligaciones entre las partes contratantes y, subsiguientemente esta solemnidad que exige nuestro Derecho Adjetivo Civil, para que tenga plena validez, tiene que otorgarse ante notario, dando fe que los cónyuges o ex cónyuges han convenido en la liquidación y adjudicación de gananciales pertenecientes a la sociedad conyugal.

La liquidación de la sociedad conyugal a la que han llegado los cónyuges no es suficiente con elevarla a escritura pública. Se debe, adicionalmente, someterla a aprobación del notario o del juez. La autoridad competente no tiene por qué objetar el acuerdo o convenio al que hayan llegado los cónyuges o ex cónyuges. Tiene que limitarse a verificar que tal convenio no contravenga los principios jurídicos preestablecidos.

En relación con la aprobación de la liquidación de la sociedad que se faculta al Notario, en virtud de la Ley reformativa no estoy de acuerdo con lo que se establece, ya que ante el Notario se liquida la sociedad conyugal de manera voluntaria, en consecuencia no debe aprobarse ante él mismo, debido a que no existe congruencia en el objeto de la norma, solo debe establecerse que se ordenará la inscripción de la liquidación de la sociedad conyugal en el Registro de la Propiedad en caso de no existir ninguna oposición.

Para que la liquidación consensual de sociedad conyugal tenga validez, tiene que estar revestida de la solemnidad sustancial que exige a ley. Esta se refiere a que debe otorgarse mediante escritura pública. La minuta que contenga la liquidación del patrimonio de los cónyuges o ex cónyuges, tiene que ser cuidadosamente elaborada. Así se determinará las personas que comparecen a la celebración de la escritura pública, en donde se incluirán las generales de ley. Esto es, su estado civil, edad, profesión u ocupación, su nacionalidad y si comparecen por sus propios derechos o calidad de mandatarios.

En la segunda cláusula se determinarán los antecedentes. Es decir, deberá constar la fecha en la cual el juez mediante sentencia o el notario mediante acta notarial declaro disuelto el vínculo o matrimonial o disolvió la sociedad conyugal. La copia certificada de la sentencia o acta notarial, se constituye en el documento habilitante

de la escritura pública de la liquidación consensual, misma que se deberá agregarse al instrumento público. En los antecedentes, se detallaran los bienes que posea la ex sociedad conyugal. En el caso de los inmuebles se determinará su ubicación, señalando a forma en que se los adquirieron deberá insertarse los linderos específicos y generales. Con relación a los bienes muebles se debe detallar sus características específicas y generales, de tal manera que queden perfectamente singularizados.

En el caso de existir deudas y obligaciones que haya adquirido la extinta sociedad conyugal deberán señalarse con todos sus antecedentes. Luego de que se hayan señalado todos los antecedentes, en la cláusula tercera se precisará la adjudicación o partición del patrimonio de los cónyuges o ex cónyuges. En el inicio de esta cláusula se determinará la cantidad a la que asciende tanto el activo como el pasivo de la ex sociedad conyugal y los que les corresponde por estos rubros a cada uno de ellos. En la adjudicación o partición tanto de los bienes inmuebles como muebles se debe transferir el dominio y la posesión de los mismos.

Una siguiente cláusula -si existieren deudas u obligaciones- se discernirá la forma en que deben cancelarse. Las siguientes cláusulas hacen alusión a la aceptación del convenio de la liquidación por parte de los comparecientes, a la autorización de la inscripción en los correspondientes registros, los gastos que serán cubiertos por efecto del convenio y, en fin todas las cláusulas que los abogados patrocinadores consideren indispensables para la buena elaboración de la minuta.¹³

Considero que en la escritura de liquidación de la sociedad conyugal debe reunir todos los requisitos señalados anteriormente ya que no solo debe constar la voluntad de los cónyuges o ex cónyuges sobre las adjudicaciones que se realizan, limitándose a pagar sus haberes, sino que deberían efectuarse operaciones de cálculo, todos estos requisitos

debería contener la escritura de liquidación de la sociedad conyugal, para que quede constancia de los bienes y su distribución y pueda ser aprobada por el juez o el notario previo los requisitos dados por ley.

¹³LARREA Holguín Juan, Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana Derecho Civil, Tomo III, Voces del Derecho Civil, 2006.

2.4.- VARIABLES O CRITERIOS DE INVESTIGACIÓN

El motivo para el desarrollo de este tema es que estudiando el sistema judicial de nuestro país se observa que se encuentra atosigado de procesos contenciosos y no contenciosos, generando atrasos en la administración de justicia, resultando la lentitud de los procesos judiciales.

2.5.- INDICADORES

La información fue proporcionada por algunos Notarios de la ciudad de Guayaquil, debido a que los procesos contenciosos y no contenciosos demandan la misma cantidad de tiempo en los Juzgados.

CAPITULO III

3.- METODOLOGIA.

Nivel de estudio

El presente trabajo de investigación se llevará mediante el método explicativo y descriptivo.

Diseño de estudio.

En la metodología para obtener información, se ha utilizado el cualitativo-cuantitativo.

3.1.-Universo Muestral.

3 Notarios de la ciudad de Guayaquil

5 Abogados

3.1.-Métodos, técnicas e instrumentos

Se realizo investigación y entrevista como instrumento a la Tesis.

3.2.- Validación de instrumentos

La entrevista fue realizada a los Notarios porque ellos serían los profesionales que le otorgarían estas nuevas facultades.

CONFIABILIDAD.-

La entrevista va a dar como resultado un diagnóstico sobre el que hay que trabajar para lograr los resultados esperados.

3.3.1.- VALIDACION DEL TAMAÑO DE LA MUESTRA

La muestra será validada tomando en consideración que son personas involucradas en el tema del Derecho Notarial y son las personas idóneas para que respondan las interrogantes sobre el tema.

3.2.2.- APLICACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS

Levantamiento de información: La información se levanto en las oficinas del Notario Décimo Sexto AB. Nelson Gustavo Cañarte Arboleda.

3.4.- PROCESAMIENTO DE DATOS

Se utilizará: Word, para el desarrollo del tema..

3.5.- RECURSOS

3.5.1.-Instrumentales

3.5.1.1. Fungibles: Materiales como marcadores, papeles, copias, libros, plumas, lápiz, borradores, resaltadores, periódicos etc.

3.5.1.2.-Permanentes: Materiales como oficina, pizarras, computadora, impresora, escritorio.

Otros gastos.- computadora, teléfono, viáticos

3.5.3.- Presupuesto

Presupuesto general

Computadora

Mesa de computadora

Impresora

Hojas
Libros
Copias
Investigaciones
Plumas
Lápiz
Borradores
Resaltadores

Presupuesto detallado

INICIO

Adquisiciones de:
Computadora
Impresora

INTERMEDIA

Investigaciones en:

Internet
Libros
Biblioteca
Copias
Plumas
Lápices
Borradores

FINALIZACIÓN

Ajustes a:
Formato
Tipo de letra

3.6.- VIALIDAD O FACILIDAD DE LA INVESTIGACIÓN

¿Es posible hacer la investigación?

Si es posible cuando se cuenta con todos los elementos necesarios para realizar la respectiva investigación.

¿Cuánto tiempo tomará realizarla?

Mínimo 3 a 6 meses

Máximo 1 año

CAPITULO IV

4.- INFORME TÉCNICO FINAL

Es una gran satisfacción haber escogido este tema por todo lo que con lleva la realización de mi TESIS, empieza con el anti- proyecto, y así sucesivamente empieza por darle énfasis al índice dentro de los cuales se incluirán los temas que harán de esta una ardua exploración.

La introducción es el bosquejo de fondo que determinará la importancia de lo que constituye el maltrato en los niños, niñas y adolescentes y que a pesar del venir de la historia, en nuestro tiempo es común ver en las noticias de prensa escrita y televisiva, ver los altos índices de maltrato.

Al realizar un análisis de los antecedentes, nos damos cuenta que trasciende en la historia, el maltrato infantil es tan antiguo como la humanidad, no hay esfera social en nuestra sociedad que no se encuentre niño, niña y adolescente que haya sufrido maltrato infantil.

Los objetivos en general y específicos, en cuanto describir las formas de maltrato son diversas; y, los tipos de maltrato en nuestro país son múltiples, por cuanto afecta la personalidad del niño, niña y adolescente que es víctima de castigos que socaba su infancia, y que puede llevar a una fatalidad.

El marco teórico, es el más extenso porque es la parte donde le permitir al investigador, realizar la investigación concienzudamente para determinar los medios a utilizar para centrarse en el estudio adecuado, para enriquecer el sondeo real y la realidad de los niños, niñas y adolescentes que son víctimas de sus padres o terceras, que denigran su crecimiento y afectan a su auto estima.

GLOSARIO DE CONCEPTOS Y TÉRMINOS

CONCEPTO DE NOTARIO.-Ejercen asimismo una labor de custodia de documentos en los llamados *protocolos de la notaría*. El Notario está obligado, por ley y por ética profesional, a mantener la neutralidad en sus actos, lo cual lo distingue de los abogados postulantes, quienes deben tomar parte y estar del lado de sus clientes o representados

EL DERECHO NOTARIAL.- Es aquella rama del derecho, que está destinada, a través de sus normas jurídicas, a regular la actividad del Notario, a dotar de certeza y seguridad jurídica a los hechos e instrumentos públicos, a ciertos actos o contratos que se llevan a efecto ante él y la subsecuente custodia de documentos o valores.

FILIACIÓN.- La filiación es un derecho jurídico que existe entre dos personas donde una es descendiente de la otra, sea por un hecho natural o por un acto jurídico

JUDISDICCIONAL.- La **jurisdicción** (del latín *iuris dictio*, «decir o declarar el derecho») es la potestad, derivada de la soberanía del Estado, de aplicar el Derecho en el caso concreto, resolviendo de modo definitivo e irrevocable una controversia, que es ejercida en forma exclusiva por los tribunales de justicia integrados por jueces autónomos e independientes.

LITIS.- La distinción entre estas dos últimas categorías, si bien viene manifestada externamente por la autoridad de la cosa juzgada, desde el punto de vista de fondo, vienen separadas no por la idea de presencia o ausencia de *conflicto*, sino por la idea de *actuación del derecho* en el caso particular, ante la imposibilidad de dar solución al problema por los particulares o involucrados directamente, frente a la actuación judicial tendiente a completar o perfeccionar una relación imperfecta o incompleta.

SUI GENERIS.- *Sui generis*¹ es una locución adverbial procedente del latín que significa 'de su propio género o especie', y que se usa en castellano para denotar que aquello a lo que se aplica es de un género o especie muy singular y excepcional (único, sin igual e inclasificable). El término fue creado por la filosofía escolástica para indicar una idea, una entidad o una realidad que no puede ser incluida en un concepto más amplio, es decir, que se trata de algo único en su tipo.

PERCEPTIBLE.- La **percepción** obedece a los estímulos cerebrales logrados a través de los 5 sentidos, vista, olfato, tacto, auditivo y gusto, los cuales dan una realidad física del entorno. Sin embargo, nuestros sentidos nos proporcionan datos crudos del mundo externo, a menos que esta información sensorial sea procesada en el cerebro para su interpretación. Es la capacidad de recibir por medio de todos los sentidos, las imágenes, impresiones o sensaciones para conocer algo. También se puede definir como un proceso mediante el cual una persona, selecciona, organiza e interpreta los estímulos, para darle un significado a algo. Toda percepción incluye la búsqueda para obtener y procesar cualquier información.

PRESCRIPCIÓN.- en el Derecho, la prescripción es un instituto jurídico por el cual el transcurso del tiempo produce el efecto de consolidar las situaciones de hecho, y permite por consiguiente la extinción de los derechos o la adquisición de las cosas ajenas.

CONCUBINA.- Mujer que hace vida marital con un hombre que no es su marido.

DERECHO ROMANO.-La expresión «Derecho romano» designa el ordenamiento jurídico que rigió a los ciudadanos de Roma y, con posterioridad, de aquellos instalados en distintos sectores de su Imperio, en un espectro histórico cuyo punto de partida se sitúa a la par de la fundación de Roma (c. 753 a. C.) y que se extiende hasta mediados del siglo VI d. C., época en que tiene lugar la labor compiladora del emperador Justiniano I el conocido desde el Renacimiento como *Corpus Iuris Civilis*.

CONSUMO.- (del latín: *cosumere* que significa gastar o destruir) es la acción y efecto de consumir o gastar, bien sean productos, y otros géneros de vida efímera, o bienes y servicios, como la energía, entendiendo por consumir como el hecho de utilizar estos productos y servicios para satisfacer necesidades primarias y secundarias.

FEDATARIO PUBLICO.-Los notarios o los corredores públicos son personas a las que el gobierno les otorga la facultad de poder dar *fe pública* de los actos jurídicos que se celebren ante ellos, y así proporcionar seguridad jurídica a los particulares.

CONGRUA.- *sustantivo femenino derecho* rédito recibido por un oficio eclesiástico o civil *La congrua constituye una renta perpetua.*

DONACIONES.-Una donación es la acción de dar fondos u otros bienes materiales, generalmente por caridad.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABELLA, Adriana: *Derecho Notarial*, Zavalia, Argentina, 2005.
2. ARGUELLO, Luis Rodolfo: *Manual de Derecho Romano, Historia e Instituciones*, Astrea de Alfredo y Ricardo Depaldo, Buenos Aires, 1998.
3. CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario de Derecho Usual*, Editorial Heliasta S.R.L., Tercera Edición, 1976.
4. CARVAJAL, Bequer, Flor: *Práctica Notarial y Registral*, Editores Edilex S.A. 2007.
5. CASTILLO Ogando, Nelson Rudys: *Manual de Derecho Notarial*, Ediciones Trajano Potentini, tomo I, República Dominicana, 2007.
6. Código Civil Ecuatoriano.
7. Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano.
8. Constitución Política del Ecuador, 2008.
9. COELLO García, Enrique: *Sistema Procesal Civil, Jurisdicción y Competencia*, Fondo de Cultura Ecuatoriana, Tomo I, 1991.
10. COLIN, Ambrosi y Capitant Henry: *Derecho Civil Regímenes Matrimoniales*, Tomo I, Tomo II, Editorial Jurídica Universitaria, 2002.
11. *Diccionario Jurídico Espasa, Espasa.*

12. EDICIONES DE PALMA: *Tratado Teórico y Práctica de Derecho Notarial*, volumen V, Instituciones Jurídicas, Buenos Aires, 1981.
13. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, tomo XXIV, Editorial Bibliográfica Argentina, 1968.
14. GARCÍA Falconí, José: *Manual de Práctica Procesal El Juicio de Divorcio por Causales*, Quito, Ecuador, 1992.
15. GATTARI, Carlos Nicolás: *Vocabulario Jurídico Notarial*, Declama, Buenos Aires, 1998.
16. GIMÉNEZ, Arnau, Enrique: *Derecho Notarial*, Pamplona, Editorial Gómez, 1976.
17. GONZÁLEZ, Boris Barrio: *Derecho Notarial Panameño*, Cultural Portobelo, Panamá, 2006.
18. HIGHTON, Elena, VITALE, Angélica: *La Función Notarial La Comunidad Globalizada*, Rubinzal Culzoni, Argentina, 2005.
19. LAMBER, Rubén Augusto: *La Escritura Pública*, Fundación Editora Notarial FEN, tomo II, Buenos Aires, 2004.
20. LARREA HOLGUÍN, Juan: *Diccionario de Derecho Civil*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2006.
21. LARREA HOLGUIN, Juan: *Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana Derecho Civil*, Tomo III, Voces del Derecho Civil, 2005.
22. Ley Reformativa Notarial, Registro Oficial No 406 de fecha 28 de Noviembre del 2006.
23. MARTÍNEZ, Yaya, Carlos: *Práctica Notarial y de registro*, Temis, Bogotá, 2002.
24. MOUCHET, Carlos, ZORRAQUIN, Ricardo: *Introducción al Derecho*, Editorial Perrot, Buenos Aires.
25. NERI, Argentino: *Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial*, Ediciones Depalma, Volumen IV, Buenos Aires, 1981.

26. PELOSI, Carlos A: *El documento Notarial*, Editorial, Astrea, 1980.
27. PONCE MARTÍNEZ, Alejandro: *Derecho Procesal Orgánico*, Fundación Antonio Quevedo, Quito, Ecuador, 1991.
28. RODRIGUEZ, Adrados, Antonio: *Escritos Jurídicas*, Colegios Notariales de España, Volumen II Madrid, 1996.
29. SALGADO, Francisco: *Instituciones de Derecho Civil, Personas II*, Letramia, Quito, 2002.
30. VALAREZO, Luis: *Los Bienes de la Sociedad Conyugal*, Ecuador.